

Responsável  
Arms

Operações de Conteúdo  
Mayumi Ono

Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Ivê A. M. Loureiro Gomes e  
Elis

Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Editorial  
ção  
e Cicco Bianco

Editoriais: Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines,  
ais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e  
Iazzolenis J. Cavalheiro

de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira e Maria Angélica Leite

ley Figueiredo

ativo e Produção Gráfica  
ção  
ique Andrade

Administrativo: Antonia Pereira

Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

LUIZ GUILHERME MARINONI  
SÉRGIO CRUZ ARENHART

# PROVA E CONVICÇÃO

DE ACORDO COM O CPC DE 2015

3.<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marinoni, Luiz Guilherme

Prova e convicção : de acordo com o CPC de 2015 / Luiz  
Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 3. ed. rev. atual. e  
ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-6081-1

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil 3. Processo de conhe-  
cimento – Brasil 4. Prova (Direito) 5. Prova (Direito) – Brasil I. Título.

15-05387

CDU-347.941(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Prova : Processo civil 347.941(81)

THOMSON REUTERS  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™

# Prova e Convicção

De acordo com o CPC de 2015

LUIZ GUILHERME MARINONI  
SÉRGIO CRUZ ARENHART

## SUMÁRIO

3.<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada



© desta edição [2015]

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

MARISA HARMS

*Diretora responsável*

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou  
esso, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos,  
gráficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem  
o a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados.  
proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A  
ção dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com  
de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101  
da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

**Central de Relacionamento RT**

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

Impresso no Brasil [06-2015]

Profissional

Fechamento desta edição [15.06.2015]



ISBN 978-85-203-6081-1

### PARTE I

1. INTRODUÇÃO.....	27
2. RELAÇÕES ENTRE VERDADE E PROVA .....	29
2.1 A verdade como o pressuposto para a prova .....	29
2.2 Pressupostos do princípio da verdade substancial.....	31
2.3 Verdade substancial e verdade formal.....	35
2.4 Verdade e verossimilhança .....	38
2.5 A teoria de Habermas e a verdade .....	48
2.6 Verdade e procedimento.....	52
2.7 A concepção de Michele Taruffo .....	57
2.8 Verdade, pretensão de verdade e processo .....	60
3. FINALIDADE DA PROVA .....	63
4. DEFINIÇÃO DE PROVA .....	69
5. A COGNIÇÃO .....	75
5.1 A importância da técnica da cognição para a construção de procedi- mentos adequados aos casos concretos .....	75
5.2 A técnica da cognição.....	77
5.2.1 A cognição como amplitude e verticalização do conhecimento judicial.....	77
5.2.2 A cognição no sentido horizontal.....	78
5.2.3 A restrição da alegação não pode obstaculizar o acesso à jus- tiça.....	80
5.2.4 O controle da legitimidade dos procedimentos que limitam a defesa.....	81
5.2.5 A técnica da cognição sumária .....	83
5.2.6 A impropriedade de se falar em juízo de probabilidade para se aludir à cognição sumária .....	86
5.2.7 A relação entre o juízo provisório e o caso concreto .....	88
5.2.8 A relação entre a intensidade da participação e a coisa julgada material.....	89
5.2.9 A decisão de cognição exauriente que não gera coisa julgada material.....	90
5.2.10 Cognição exauriente, mas não definitiva .....	90
5.2.11 A cognição exauriente segundo a eventualidade da prova.....	92

instrução do feito, quando o fato por ele representado for incontestável pela parte a quem prejudica (quando este sujeito não seja capaz de deduzir manifestação que possa abalar as conclusões do documento juntado) ou ainda quando a parte possa se manifestar a respeito do documento de forma eficaz (inclusive produzindo contraprova, se necessário) antes da decisão judicial.

O primeiro caso representa curial hipótese de ausência de nulidade: se o documento é irrelevante, se não faz diferença para a decisão da causa a sua presença ou não nos autos – ou porque é impertinente ao *thema decidendum*, ou porque a prova por ele expressada também é feita por outros meios, contidos nos autos etc. –, a não oitiva da parte contrária é desnecessária, na medida em que não será ela jamais prejudicada pela existência daquela prova no processo. Ofenderia qualquer critério de justiça ou mesmo de lógica defender a decretação de nulidade, e a repetição de atos processuais, em nome desse defeito.

Também a segunda hipótese configura situação em que a nulidade não se justificaria. Se a parte contrária, a quem prejudica a prova inserta nos autos, não poderia deduzir contra aquela prova nenhuma defesa séria (não tendo contra ela argumentos ou contraprovas a produzir), a invalidação do ato processual seria completamente inócua e prestigiaria apenas a demora do feito. Realmente, anulando-se o processo até aquele instante, seria permitido à parte prejudicada falar sobre o documento juntado, mas ela não poderia dizer nada, eis que nada teria a dizer. Seria, então, anular o processo sem que disso pudesse resultar nenhum benefício às partes ou ao seguimento do feito em si. Novamente faltaria o pressuposto do prejuízo, a permitir a nulidade do ato viciado.

Por fim, a última hipótese representa concreta aplicação do princípio estatuído no art. 277 do CPC/2015. Podendo a parte se manifestar sobre o documento juntado posteriormente, e sendo essa manifestação apta a influenciar a decisão do magistrado (que apreciará a questão à qual o documento se refere), é certo que a finalidade a que se destina a previsão do art. 437 do CPC/2015 foi atingida, impedindo-se, de consequência, a declaração de nulidade sobre o ato.

## DA PROVA TESTEMUNHAL

SUMÁRIO: 6.1 Primeiras considerações – 6.2 Objeto da prova testemunhal – 6.3 Testemunha referencial – 6.4 Teleconferência – 6.5 Fatos confessados – 6.6 Dispensa da prova testemunhal sobre fatos já provados documental-mente – 6.7 Fatos que só podem ser provados por outros meios de prova – 6.8 Inexistência de cerceamento de defesa no indeferimento da prova testemunhal – 6.9 Prova exclusivamente testemunhal: 6.9.1 Prova exclusivamente testemunhal e interpretação do contrato; 6.9.2 Terceiros e proibição da prova exclusivamente testemunhal; 6.9.3 Documento proveniente de qualquer das partes; 6.9.4 Começo de prova escrita e probabilidade; 6.9.5 Começo de prova escrita e documento; 6.9.6 Começo de prova escrita e terceiro; 6.9.7 Impossibilidade moral ou material de obtenção de prova escrita; 6.9.8 Prova testemunhal e a prova do pagamento e da remissão de dívida – 6.10 Fatos sempre comprováveis por testemunhas: 6.10.1 Prova testemunhal na simulação; 6.10.2 Sujeito interessado e emprego da prova testemunhal; 6.10.3 Princípio da contigação e cindibilidade do negócio jurídico – 6.11 Condição subjetiva da testemunha: 6.11.1 Depoimento de menor; 6.11.2 Interdito por demência e doente mental; 6.11.3 Cego e surdo; 6.11.4 Impedimento; 6.11.5 Cônjuge, companheiro, ascendente, descendente e colateral; 6.11.6 Admissão do depoimento do cônjuge, do companheiro, do ascendente, do descendente e do colateral; 6.11.7 Impedimento da parte e de pessoas diretamente ligadas aos sujeitos principais do processo; 6.11.8 Inimigo e amigo íntimo; 6.11.9 Interessado no litígio; 6.11.10 Depoimento na qualidade de informante – 6.12 Regras de exclusão. Cônjuge, companheiro e parentes: 6.12.1 Sigilo profissional; 6.12.2 Limitação da exclusão do dever de depor ao fato específico; 6.12.3 Exclusão do dever de depor e informante – 6.13 Da produção da prova testemunhal: 6.13.1 Requerimento da prova testemunhal; 6.13.2 Arbitramento do prazo pelo juiz; 6.13.3 Critérios para a fixação do prazo; 6.13.4 Contagem do prazo para a apresentação do rol de testemunhas; 6.13.5 Qualificação da testemunha; 6.13.6 Unidade da audiência; 6.13.7 Desistência da testemunha arrolada; 6.13.8 Preclusão da impugnação; 6.13.9 Embargos à execução; 6.13.10 Limite do número de testemunhas; 6.13.11 Substituição de testemunha arrolada; 6.13.12 Juiz da causa como testemunha; 6.13.13 Princípios da oralidade e da imediatidade e local da colheita do depoimento das testemunhas; 6.13.14 Oitiva de autoridades; 6.13.15 Procedimento para a colheita do depoimento de autoridade; 6.13.16 O comparecimento da testemunha; 6.13.17 A intimação da testemu-

nha para o depoimento; 6.13.18 Oitiva das testemunhas; 6.13.19 Contradição da testemunha; 6.13.20 Exclusão do dever de depor; 6.13.21 Advertência à testemunha de dizer a verdade; 6.13.22 Registro do depoimento; 6.13.23 Poderes instrutórios do juiz e prova testemunhal; 6.13.24 Testemunha referida; 6.13.25 Acareação; 6.13.26 Depoimento como *munus* público – 6.14 Impossibilidade de produzir prova em audiência: 6.14.1 Provas que devem ser feitas em audiência e provas que podem ser complementadas em audiência; 6.14.2 O princípio da oralidade; 6.14.3 Exceções ao dever de prestar depoimento pessoal em audiência; 6.14.4 Não comparecimento à audiência sem justificativa prévia; 6.14.5 A questão do depoimento antecipado – 6.15 Produção de provas mediante cartas precatória e rogatória: 6.15.1 Produção de prova através de carta precatória ou carta rogatória e suspensão do processo; 6.15.2 Carta devolvida até o “julgamento final” (quando já interposto recurso de apelação).

## 6.1 Primeiras considerações

Afirma o *caput* do art. 442 do CPC/2015 que “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. O art. 442 não precisaria ter feito essa observação, pois é evidente que a prova testemunhal não é admissível quando a lei a exclui.

De todo modo, por meio da prova testemunhal obtém-se, através das declarações de alguém estranho à relação processual, determinada versão de como se passaram certos fatos importantes para a definição do litígio. As testemunhas são sempre pessoas que não se confundem com os sujeitos principais do processo. Assim, não podem ostentar essa condição aqueles que, no processo, assumem a função de parte (como seria o caso do nomeado à autoria, do chamado ao processo, do oponente, do denunciado da lide e do assistente litisconsorcial). O assistente simples poderia, em tese, ser testemunha, não fosse sua vinculação à causa, que determina sua suspeição (art. 447, § 3.º, II, do CPC/2015).

Em regra, a testemunha depõe em juízo sobre o que presenciou. Contudo, a testemunha pode presenciar o que não vê, mas apenas ouve, como, por exemplo, os ruídos provenientes da casa do vizinho.

Nenhuma utilidade se extrai, em geral, do depoimento referencial, ou seja, *daquele em que a testemunha narra que ouviu de alguém algo sobre fato que interessa para o processo*. Todavia, esse tipo de depoimento, embora não se preste como prova testemunhal, pode configurar indício. Seja como for, o depoimento da testemunha deve referir-se a fatos presenciados, não tendo qualquer relevância suas *opiniões* ou *pareceres* sobre os fatos.

Ou seja: a testemunha deve narrar o fato, sem se preocupar em qualificá-lo tecnicamente, ou ainda em demonstrar seu significado. Em outras pala-

avras, não cabe à testemunha dizer que a não realização de uma obra, em uma perspectiva de engenharia civil, foi fundamental para a ocorrência do evento. Isso é questão que deve ser elucidada por perito. Nesse exemplo, a testemunha deve apenas declarar se a obra foi ou não realizada. A prova testemunhal não constitui meio hábil para levar ao processo dados técnicos ou análises técnico-científicas – isso se faz por meio da prova pericial, motivo pelo qual, se for essa a intenção da parte, a prova testemunhal deve ser indeferida.

## 6.2 Objeto da prova testemunhal

A declaração testemunhal sempre recai sobre algo já acontecido. Mesmo que o objetivo da parte seja a prova de um fato futuro, o que pode ser evidenciado mediante a declaração testemunhal é apenas uma circunstância passada que pode demonstrar que o fato objeto da prova provavelmente poderá ocorrer no futuro.

Deixe-se claro, por outro lado, que alguns documentos dependem, para a sua validade, da presença de determinadas pessoas. Trata-se das chamadas *testemunhas instrumentárias*, que devem apor sua assinatura para que o documento *tenha validade*.

Há situação diversa quando alguém é chamado a presenciar um fato para a eventualidade da sua discussão no futuro. Nesse caso, a pessoa pode ou não ter conhecimento técnico a respeito do tema a ser presenciado. Como é óbvio, somente há razão para convocar pessoa dotada de conhecimento técnico quando o fato o requer, mas nada impede que alguém seja chamado a presenciar um fato que não exija nenhuma qualificação técnica. Como dito, a importância do testemunho, nessa hipótese, decorre da possibilidade da discussão do fato no futuro. Contudo, o comum é que alguém tenha presenciado um fato circunstancialmente, sem ser chamado a presenciá-lo.

A pessoa que teve contato com o fato, de forma intencional ou circunstancial, pode ter conhecimento técnico ou não. Quando não tem conhecimento técnico, deve prestar depoimento testemunhal; quando possui conhecimento técnico, pode ser nomeada perito ou ouvida como testemunha. Note-se que a forma de contato com o fato, intencional ou circunstancial, somente tem importância para a aferição da credibilidade da pessoa como testemunha ou como perito.

O que não é possível, como é óbvio, é que uma mesma pessoa preste depoimento testemunhal e exerça a função de perito. De qualquer forma, a diferença entre a função da prova pericial e da prova testemunhal não pode ser ignorada. A testemunha *declara o que viu*, enquanto o perito *analisa* (embora possa ter visto) *para declarar*. O perito não se limita a narrar, ainda que em dimensão técnica, um fato que presenciou, devendo analisar tecnicamente as particularidades e a qualidade de tal fato.

Não há como aceitar a ideia de que somente há juízo na prova pericial, e não na prova testemunhal. Ora, é óbvio que a declaração testemunhal também envolve juízo que resta na dependência, entre outros pontos, do conhecimento técnico do depoente. Ou seja: não há como eliminar o conhecimento ou a formação da pessoa que se propõe a descrever um fato.

O fato deve ser objeto de perícia quando for necessário para seu esclarecimento uma análise técnica, ou seja, quando não bastar mera declaração sobre o fato, ainda que baseada em conhecimento técnico. Não é possível, porém, que a testemunha declare sobre as consequências técnicas de um fato, ainda que possuindo conhecimento para tanto. É que nesse caso a testemunha não estará relatando um fato (ou declarando sobre ele), mas sim estabelecendo uma inferência entre o fato presenciado e outro que dele pode advir, e, portanto, fazendo uma análise técnica para concluir sobre um fato não presenciado.

### 6.3 Testemunha referencial

Não é raro, na prática, arrolar-se testemunha que tem ciência do fato a partir do que lhe foi relatado por outra pessoa. Nesse caso, como é evidente, a testemunha apenas poderá declarar que um terceiro lhe relatou como o fato se passou. Em outras palavras, tal depoimento não prova o fato, mas apenas que alguém o relatou.

Em regra, essa prova é de pouco ou nenhum valor, a não ser como indício capaz de ser corroborado pelas declarações da testemunha referida.

### 6.4 Teleconferência

Com a evolução da tecnologia, deve-se tornar natural a possibilidade de trabalhar no processo por meio de novos recursos tecnológicos, como, por exemplo, mediante a denominada teleconferência (art. 453, § 1º, do CPC/2015). No caso em que a testemunha está em outro local, essa tecnologia permite que os advogados formulem as suas perguntas na presença do julgador, e esse indague à testemunha por intermédio da teleconferência, devendo a resposta ser dada instantânea e diretamente, ficando a testemunha sempre sob o olhar do julgador e dos advogados das partes. Observe-se, contudo, que o julgador não terá competência, ou até mesmo jurisdição, nesse outro local, e por isso necessitará da autorização da autoridade em que está o depoente.

Tal recurso não deverá ser admitido apenas nas hipóteses de urgência, mas também como alternativa para a ouvida de alguém que está distante do juiz que deve julgar. Lembre-se, aliás, que a oralidade, que propicia um melhor julgamento por permitir – entre outras coisas – o contato direto do juiz com a testemunha, não é considerada quando a testemunha é ouvida por juiz diverso daquele que irá proferir o julgamento, de modo que, nessa perspecti-

va, o depoimento testemunhal via teleconferência é ainda mais recomendável, pois possibilitará ao juiz que julgará o litígio um contato mais efetivo com o depoente.<sup>1</sup>

### 6.5 Fatos confessados

Como já foi dito, confessa a parte que admite como verdadeiro um fato ou mesmo um conjunto de fatos desfavoráveis à sua posição processual, mas favoráveis à pretensão do seu adversário (art. 389 do CPC/2015).

1. “O resgate das provas orais envolve também, por força, a modificação substancial dos meios de registro e documentação dos depoimentos. Decididamente não podemos continuar a dar-nos por satisfeitos com as caricaturas às vezes grotescas, e na melhor hipótese insípidas, que nos fornecem os termos datilografados insertos nos autos. A ninguém passará despercebido quão infieis eles costumam ser na reprodução das declarações prestadas. Essa infidelidade, não há como deixar de reconhecê-lo, deve-se com frequência, pelo menos em certa medida, aos juizes mesmos, que, ao ditarem o que acabaram de ouvir, cedem à tentação de ‘aprimorar’ os dizeres da parte ou da testemunha, substituindo-lhes o palavreado por outro tido como mais ‘próprio’, suprimindo de modo arbitrário pormenores nem sempre irrelevantes, eliminando ou atenuando contradições percebidas. Semelhante proceder confirma o vetusto adágio sobre o material de que está calçado o caminho para o inferno (...) Adotando-o, priva-se o juiz – e priva-se os órgãos a que competirá rever-lhe a decisão – de subsídios inestimáveis e insubstituíveis na valoração do depoimento assim desfigurado. Ainda quando não se incorra em semelhantes erros – aos quais o datilógrafo raramente se furta a ajuntar sua contribuição pessoal (...) –, a transcrição pura e simples das declarações nada revela do tom em que se expressou o depoente, da ênfase que pôs (ou deixou de pôr) nesta ou naquela afirmação, do tempo que gastou para responder, das alterações de voz e de fisionomia que assinalaram as respostas. Ora, tudo isso é igualmente precioso para a aferição do valor da prova. Eis por que não se pode enxergar solução plenamente satisfatória do problema no emprego da taquígrafia e da estenotipia, por maior avanço que representem em confronto com o uso até agora predominante. A própria gravação sonora do depoimento em fita magnética, se permitirá ao juiz reouvir o depoente – e aos julgadores de segundo grau, eventualmente, ouvi-lo –, não ministrará, nem a um nem a outros, a respectiva imagem visual. Só o *videotape* parece, a esta altura, prometer resultado compensador, enquanto o ilimitável progresso da técnica não nos brinda com invenção mais perfeita. Sabemos todos que, ante a realidade econômica da hora presente, mesmo em países de maior desenvolvimento, é puro sonho pensar na gravação em *videotape* dos depoimentos, como prática rotineira. Cumpre, no entanto, ter sempre em mente que é nesse sentido que devemos caminhar, por mais distante que se nos afigure a meta” (BARBOSA MOREIRA, J. C. Alguns problemas atuais da prova civil. *Temas de direito processual* – 4.ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 152-153).

Ocorrendo a confissão, no processo ou fora dele, não há que se admitir prova a respeito do fato objeto da confissão (art. 443, I, do CPC/2015). Melhor explicando: ocorrendo a confissão, fica aquele que alegou o fato dispensado de produzir prova tendente a demonstrá-lo e impossibilitada a parte adversária de requerer prova respeitante ao fato confessado.

Na verdade, como a regra processual sempre deve ser pensada à luz do princípio constitucional da efetividade, existindo a confissão e, portanto, não sendo mais controverso o fato, não há razão para se alongar desnecessariamente o tempo do processo, principalmente quando se sabe que todos têm direito constitucional a uma resposta jurisdicional em tempo razoável.

### 6.6 Dispensa da prova testemunhal sobre fatos já provados documental-mente

Se o fato já foi provado por documento, pela mesma razão exposta acima não há que se pensar em prova testemunhal. Nem mesmo aquele que teve a sua posição prejudicada pela prova documental, e não arguiu a sua falsidade, poderá produzir prova testemunhal. Como já foi explicado, o documento que, por exemplo, contém a declaração testemunhal antecipada prova apenas a declaração testemunhal, e não a afirmação de fato que tal declaração pretende provar. A prova testemunhal antecipada permite a dedução da veracidade da afirmação do fato a partir da declaração testemunhal, constituindo fonte secundária da prova.<sup>2</sup> O testemunho é ato humano que serve para demonstrar uma afirmação de fato, enquanto o documento é uma coisa (embora também produto da atividade humana) que representa um fato. O testemunho, como ato humano, não demonstra, por si só, um fato, enquanto o documento, que é uma coisa, é suficiente para representar um fato. Ora, se o documento é suficiente para demonstrar um fato, a não arguição de sua falsidade torna o fato incontroverso, descabendo à parte prejudicada pelo documento requerer prova testemunhal para tentar demonstrar o fato em contrário.

É interessante lembrar, diante disso, que o art. 393 do Código Civil português, ao tratar da “inadmissibilidade da prova testemunhal”, afirma, no seu n. 2, que *não é admitida prova por testemunhas “quando o fato estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena”*.<sup>3</sup>

2. CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prova civile* cit., 2. ed., p. 139 e ss.

3. O n. 3 desse artigo, porém, deixa claro que essa regra (do n. 2) *não é aplicável “à simples interpretação do contexto do documento”*.

### 6.7 Fatos que só podem ser provados por outros meios de prova

Há fatos que somente podem ser provados por meio de documento, hipótese em que não há como admitir a prova testemunhal, aplicando-se o art. 443, II, do CPC/2015. Quando o art. 406 do CPC/2015 afirma que, “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”, ele não está se referindo propriamente a uma prova, mas sim a um requisito para a própria validade do ato. Nesse caso, não existindo o documento, o ato é inválido – nessa linha, a prova testemunhal, obviamente, não pode ser aceita.

Advirta-se, ademais, que o contrato cujo valor supera o décuplo do maior salário mínimo vigente no País no momento em que foi celebrado não pode ter a sua existência demonstrada mediante prova exclusivamente testemunhal.

Outros fatos não se contentam com prova diferente da pericial. Deve-se frisar que a prova pericial somente é necessária quando requer conhecimento técnico e, ao mesmo tempo, uma *análise técnica* para a verificação do fato a ser esclarecido.

Portanto, quando for necessária apenas a descoberta do fato que foi presenciado, ainda que por pessoa dotada de conhecimento técnico, não há por que não admitir a prova testemunhal. O que se pode dizer é que a declaração da testemunha, por ser feita a partir de um juízo técnico, pode ser confrontada com uma prova pericial. Nesse caso, a testemunha irá declarar, ainda que de maneira técnica, sobre o fato, e o perito, que obviamente não pode ter presenciado o fato, irá fazer apenas uma análise técnica a respeito do fato. Deixe-se claro, portanto, que um fato apenas pode ser provado mediante perícia quando exigir uma *análise técnica*, e não simplesmente uma *descrição técnica*.

A prova testemunhal vale quando se busca elucidar um fato que pode ser descrito, ainda que tecnicamente. Nessa situação, é possível questionar a visão técnica do depoente por meio de prova pericial. Mas isso não significa que a prova testemunhal não possa ser admitida ou que o seu lugar deva ser necessariamente ocupado pela prova pericial, embora seja necessário aferir com rigor a credibilidade do testemunho, especialmente a idoneidade profissional e acadêmica do depoente.

Quando um fato não pode ser demonstrado por meio de documento ou de testemunha, constituindo um fato que somente pode ser esclarecido mediante análise técnica, a prova pericial não pode ser dispensada.

*Frise-se que a situação posta no art. 375, in fine, é outra, pois essa norma trata das regras de experiência.* Embora o art. 375 diga que a prova pericial deve ser ressalvada quando o juiz pode julgar com base nas regras de experiência técnica, é importante lembrar que as regras de experiência são regras de juízo. As regras de experiência servem apenas para o juiz aferir a credibilidade de

uma prova ou para analisar uma presunção, servindo de ponte entre a prova do fato indiciário e o fato probando. Nessa situação é que o juiz pode se valer dos seus conhecimentos.

Observe-se, porém, que o senso comum pode produzir versões sobre questões técnicas, e nesse caso há regras de experiência comum. Essas regras decorrem da observação do que ordinariamente acontece no manuseio de algumas técnicas. As regras de experiência técnica, ao contrário, são provenientes da comunidade científica, ainda que conhecidas pela coletividade e pelo juiz. Existindo dúvida sobre uma regra de experiência comum sobre o manuseio de uma técnica, é preciso verificar se não existe uma regra de experiência técnica a respeito. Nessa hipótese, havendo discordância entre tais regras, obviamente prevalecerá a regra de experiência técnica.

Embora exista diferença entre regras de experiência técnica conhecidas pela coletividade e regras de experiência comum que constituem versões de questões técnicas, *a circunstância de que as regras de experiência técnica devem ser do conhecimento da coletividade não significa que o juiz não possa recorrer ao auxílio de um perito para esclarecê-las*. Ora, se as regras de experiência técnica jamais pudessem requerer o auxílio de um perito, elas seriam apenas aquelas absolutamente evidentes.

O auxílio do perito não deriva da necessidade de se estabelecer uma “certeza” sobre a questão científica, pois isso seria absurdo. É claro que uma questão ainda controvertida pelos cientistas não pode ser solucionada por um perito judicial. Nesse caso, a função do perito é explicar a posição da comunidade científica sobre o conteúdo da questão. Ou seja: a prova pericial não se presta para superar a dúvida sobre a questão técnica, mas sim para apontar o estado atual da questão diante da comunidade científica.

É nesse sentido que o art. 375 ressalva a prova pericial diante da regra de experiência técnica. Nessa hipótese, a questão técnica que importa para a adoção de uma regra de experiência pode ser objeto de prova pericial, *mas não necessariamente*.

Para que o juiz, em tais situações, possa dispensar a prova pericial, a questão técnica deve ser perceptível a ele e à coletividade, considerando-se, assim, o conhecimento técnico que é comum ao “juiz médio”. Ora, o princípio do contraditório impede que o juiz que possui conhecimento técnico que não é comum aos outros juizes dispense a prova pericial. É bom lembrar, aliás, que o conhecimento técnico, e, assim, o exame técnico, deve informar não só o julgador de primeiro grau de jurisdição, mas também aqueles que posteriormente vierem a julgar a causa em grau de recurso. Se o conhecimento técnico que é peculiar a um juiz pudesse dispensar a prova pericial, estar-se-ia diante de uma hipótese de ciência privada.

Assim, se o juiz, por hipótese, também é formado em engenharia, não é por isso que poderá dispensar a prova pericial quando a questão técnica puder ser compreendida por alguém que é dotado dessa especialidade. Como afirmou o Tribunal de Alçada do Paraná, “não pode o magistrado valer-se de conhecimentos pessoais, de natureza técnica, para dispensar a perícia”.<sup>4</sup> Nesse sentido, citando doutrina por nós subscrita, também se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tendo endossado que: “Não importa que o magistrado que está tratando da causa, em virtude de capacitação técnica individual e específica (porque é, por exemplo, formado em engenharia civil), tenha conhecimento para analisar a situação controvertida. Se a capacitação requerida por essa situação não estiver dentro dos parâmetros daquilo que se pode esperar de um juiz, não há como se dispensar a prova pericial, ou seja, a elucidação do fato por prova que participe perito”.<sup>5</sup>

Porém, o inciso em exame trata dos casos em que os fatos apenas podem ser demonstrados mediante prova pericial, enquanto, no caso das regras de experiência, a prova pericial é excepcional, pois somente deve ser produzida quando for preciso esclarecer o seu conceito perante a comunidade científica. Mas quando isso for necessário, evidentemente não será possível substituir a prova pericial pela prova testemunhal.

### 6.8 Inexistência de cerceamento de defesa no indeferimento da prova testemunhal

O que deve ficar claro, portanto, é que a prova testemunhal deverá ser indeferida quando o fato só puder ser demonstrado por meio de prova documental ou de prova pericial. Nessa situação, é óbvio que não se pode pensar em cerceamento de defesa.

### 6.9 Prova exclusivamente testemunhal

Segundo preveem os arts. 444 e 445 do CPC/2015, há limitação ao emprego da prova exclusivamente testemunhal em certas circunstâncias. Estas, porém, podem ser relevadas, à vista do conjunto probatório ou diante da inviabilidade concreta na obtenção de prova diversa.

4. RT 606/199.

5. TJSC, 1.<sup>a</sup> Câmara de Direito Civil, AC 2006.021493-7, rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, DJSC 18.08.2010, p. 129.

### 6.9.1 Prova exclusivamente testemunhal e interpretação do contrato

Em todo caso, qualquer vedação legal ao emprego da prova exclusivamente testemunhal não atinge a prova relacionada com a interpretação do contrato. Desse modo, ainda que o direito material exija prova escrita para a demonstração da existência de determinado contrato, isso não atinge a sua interpretação, que sempre poderá ser demonstrada por meio de prova exclusivamente testemunhal. O Código Civil português, aliás, afirma textualmente que a regra que veda a prova testemunhal para a demonstração de um negócio não é aplicável “à simples interpretação do contexto do documento” (art. 393º, n. 3).<sup>6</sup>

É preciso, nesse passo, ressaltar a diferença entre a prova destinada a demonstrar o contrato e a prova relacionada com a sua interpretação ou com um fato que não coloque em discussão a sua própria existência. Trata-se do posicionamento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, que concluiu que “só não se permite a prova exclusivamente por depoimentos no que concerne à existência do contrato em si,<sup>7</sup> não encontrando óbice legal, inclusive para evitar o enriquecimento sem causa, a demonstração, por testemunhas, dos fatos que envolveram os litigantes, bem como das obrigações e dos efeitos decorrentes desses fatos”.<sup>8</sup>

### 6.9.2 Terceiros e proibição da prova exclusivamente testemunhal

É evidente, por outro lado, que qualquer vedação legal ao emprego de prova exclusivamente testemunhal para a demonstração da existência de contratos – ainda que eventualmente exijam a forma escrita – deve ser tomada com cautela em relação aos terceiros, isto é, às pessoas estranhas ao contrato. Quando o contrato foi lavrado por instrumento público ou está registrado em cartório de títulos e documentos (contrato particular), o terceiro (em relação

6. Art. 393.º do CC português: “(Inadmissibilidade da prova testemunhal) – 1. Se a declaração negocial, por disposição da lei ou estipulação das partes, houver de ser reduzida a escrito ou necessitar de ser provada por escrito, não é admitida prova testemunhal. 2. Também não é admitida prova por testemunhas, quando o facto estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena. 3. As regras dos números anteriores não são aplicáveis à simples interpretação do contexto do documento”.

7. A assertiva se refere ao art. 401 do CPC/1973, revogado pelo CPC/2015, que vedava o emprego de prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de contratos de valor superior a dez salários mínimos.

8. EREsp 263.387/PE, rel. Min. Castro Filho, DJ 17.03.2003, p. 174. Em igual sentido, AgRg no Ag 1.319.590/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 28.09.2010.

ao contrato) pode fazer a prova mediante certidão, razão pela qual não há razão para se admitir a prova testemunhal.

No caso de contrato particular não registrado no cartório de registro de títulos e documentos a situação se complica. Quando litigam uma das partes do contrato e um terceiro, é evidente que a proibição permanece em relação à parte do contrato, embora o terceiro (em relação ao contrato, mas parte no processo) possa requer a sua exibição. Quando ambas as partes são estranhas ao contrato e o pedido de exibição não encontra êxito, a prova testemunhal deve ser admitida.

### 6.9.3 Documento proveniente de qualquer das partes

Diz o art. 444 do CPC/2015 que: “Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova”. A norma é similar às inscritas nos arts. 1.347 e 1.348 do Código Civil francês e no art. 2.724 do Código Civil italiano. Segundo esse último artigo, qualquer escrito, *proveniente da pessoa contra a qual é dirigida a demanda ou de seu representante*, reputa-se começo de prova escrita (art. 2.724, 1).<sup>9</sup>

Porém, o art. 444 do CPC/2015 trata melhor da questão, pois afirma que, para a caracterização de começo de prova escrita, o documento deve emanar “da parte contra a qual se pretende produzir a prova” (g.n.). Com isso fica claro que não é apenas o documento emanado do réu ou de seu representante que pode constituir prova escrita, mas sim o documento emanado de qualquer das partes. O art. 444, ao aludir ao documento emanado da parte, é expresso no sentido de que o réu também pode produzir prova testemunhal quando há começo de prova escrita proveniente do autor.<sup>10</sup>

9. Art. 2.724, 1, do CC italiano: “La prova per testimoni è ammessa in ogni caso: 1) quando vi è un principio di prova per iscritto: questo è costituito da qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato”.

10. Como corretamente já foi decidido, “o começo da prova por escrito emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova supre a proibição da prova testemunhal contida no art. 401 do CPC[1973]. Declarações unilaterais produzidas pelo interessado evidentemente não podem ser consideradas como começo de prova por escrito exigido no art. 402, I, do CPC[1973]” (TJMT, 1.ª Câm., Ap. 9.546, rel. Des. Carlos Avallone, j. 08.05.1978, v.u., *Anais Forenses* 43/378) (PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 5, p. 9).



#### 6.9.4 Começo de prova escrita e probabilidade

Quando o art. 444, ao aludir a “começo de prova por escrito” (g.n.), refere-se a uma prova que seja capaz de trazer ao juiz uma convicção de que o fato afirmado é verossímil e, além disso, que a sua convicção para a definição do litígio poderá se formar a partir da prova testemunhal.<sup>11</sup> Sublinhe-se, aliás, que o art. 2.724, I, do Código Civil italiano diz expressamente que o começo de prova por escrito deve tornar verossímil o fato alegado (*che faccia apparire verosimile il fatto allegato*).

A alusão a *começo* de prova evidencia que a parte ainda deve cumprir o ônus de provar, embora possa se desincumbir desse ônus mediante a produção de prova testemunhal.

#### 6.9.5 Começo de prova escrita e documento

Portanto, o “começo de prova por escrito”, que admite a prova testemunhal ao seu lado para que a parte se desincumba do ônus da prova, não pode ser equiparado a um documento em sentido estrito. Isso pela simples razão de que o documento em sentido estrito é suficiente para demonstrar o fato quando não haveria qualquer sentido em falar em *começo* de prova e em prova *que deve ser conjugada à prova testemunhal*. Na verdade, *se começo de prova escrita fosse sinônimo de documento, não haveria sequer razão para pensar na admissibilidade da prova testemunhal*. Deixe-se claro, assim, que *começo de prova escrita nada tem a ver com documento em sentido estrito*.

Quando a norma alude a “começo de prova”, indica que essa prova não é suficiente para que a parte fique livre de seu ônus de provar. E aqui vale repetir que o Código Civil italiano diz expressamente que essa prova deve gerar convicção de verossimilhança em relação ao fato alegado.

11. O 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo já decidiu da seguinte forma: “Prova – Testemunha – Começo de prova por escrito – Admissibilidade – Irrelevância de valor de contrato. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal quando há começo de prova por escrito. Há um dever de lealdade que pesa sobre as partes” (RT 481/124). É esse o posicionamento hoje predominante no Superior Tribunal de Justiça, já manifestado nos seguintes termos: “Com efeito, consoante jurisprudência da Corte, é admitida a prova exclusivamente testemunhal para comprovar os efeitos decorrentes do contrato firmado entre as partes, devendo tal prova, no caso ora em análise, ser considerada para a demonstração do cumprimento das obrigações contratuais” (REsp 436.085/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 19.04.2010): “É admissível a prova testemunhal independentemente do valor do contrato, quando for existente começo de prova escrita que sustente a prova testemunhal” (REsp 864.308/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ o Ac. Min. Nancy Andrighi, DJe 09.11.2010).

Por outro lado, embora o art. 444 do CPC/2015 utilize a expressão “prova por escrito” (g.n.), não há racionalidade em supor que essa prova deva ser grafada por escrito. Ou seja: quando se pensa em qualquer escrito emanado da parte, não há motivo que justifique o entendimento de que o começo de prova deva ser proveniente de um *escrito*, no sentido que é peculiar à palavra. Ao contrário, tudo que emane da parte, *ainda que não seja por escrito*, mas que seja suficiente para demonstrar a verossimilhança da afirmação do fato, deve ser admitido como “começo de prova por escrito”.

#### 6.9.6 Começo de prova escrita e terceiro

O que importa, portanto, é que a prova emane da parte, seja por escrito ou não (reprodução de uma conversa). Isso quer dizer que tal prova não pode ser proveniente de terceiro. Vale dizer que a declaração escrita por terceiro não pode ser considerada “começo de prova por escrito”. Nesse caso, aliás, existiria um verdadeiro “começo de prova testemunhal documentada”, e a sua admissão significaria admitir prova exclusivamente testemunhal. Advirta-se que a declaração de terceiro, quando admitida, deve ser complementada, sob o signo do contraditório, pela prova testemunhal propriamente dita. Essa prova tem natureza testemunhal, embora seja documentada. Ora, a declaração de terceiro sobre um fato sempre será depoimento testemunhal. A circunstância de essa declaração ser documentada apenas a enfraquece, pois é conferida à distância do contraditório, isto é, do controle da outra parte.

#### 6.9.7 Impossibilidade moral ou material de obtenção de prova escrita

O art. 445 do CPC/2015, por sua vez, refere-se ao credor que “não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação”.

A norma fala em credor que não pode ou não podia, “*moral ou materialmente*, obter a prova escrita da obrigação”. Não há dúvida, por isso, que a impossibilidade pode ser *material ou moral*.

Há impossibilidade material quando a exigência da comprovação não seria racional nas circunstâncias do caso concreto, e, por isso, não seria normalmente pedida, sendo justificável a sua dispensa. É o caso, por exemplo, do depósito consequente ao incêndio.<sup>12</sup>

12. “Considera-se caso de impossibilidade material todo aquele em que não se poderia razoavelmente exigir da pessoa que pedisse documento comprovador do ato, porque tal atitude contrariaria o que normalmente acontece em situações tais. É o que sucede

Existe impossibilidade moral quando o fato diz respeito a duas pessoas unidas por um vínculo de amizade ou parentesco, quando a sua existência, por si só, substituiria a comprovação por escrito.

#### 6.9.8 Prova testemunhal e a prova do pagamento e da remissão de dívida

De acordo com o art. 319 do CC, “o devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada”. Como se vê, o devedor tem o direito de receber o documento capaz de provar o pagamento.

Por outro lado, segundo o art. 386 do CC, “a devolução voluntária do título da obrigação, quando por escrito particular, prova desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir”.

Existindo capacidade do remitente para alienar e do remido para consentir e adquirir, a devolução voluntária do título da obrigação implica em liberação graciosa do devedor pelo credor, também chamada de remissão tácita.

#### 6.10 Fatos sempre comprováveis por testemunhas

Afirma-se que é lícito à parte provar com testemunhas, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada e, nos contratos em geral, os vícios do consentimento (art. 446 do CPC/2015).

O art. 167, § 1.º, do CC afirma que há *simulação* nos negócios jurídicos quando: “i) aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; ii) contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; e iii) os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”.

Ademais, o Código Civil também deixa claro que “são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de *erro* substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (art. 138) (g.n.); que os negócios jurídicos são “anuláveis por *dolo*, quando este for a sua causa” (art. 145) (g.n.); e que “a *coação*, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens” (art. 151) (g.n.).

com o depósito consequente a certos infortúnios, como incêndio, naufrágio etc., em que, dadas as circunstâncias em que o fato ocorre, é impossível pensar na elaboração de documento” (MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Exegese* v. 4, t. II, p. 34-35).

A norma ora em análise frisa a possibilidade do uso da prova testemunhal nos casos antes referidos. Independentemente, portanto, da exigência de prova escrita para a existência de algum contrato, para eventuais vícios de consentimento ou para a prova da simulação, é sempre admissível a prova testemunhal.

O art. 446 do CPC/2015 tem apenas a intenção de viabilizar a tutela do direito diante da simulação e dos vícios do consentimento, a qual depende, em termos de efetividade processual, da prova testemunhal.

#### 6.10.1 Prova testemunhal na simulação

A simulação é uma das situações mais difíceis de ser provada. Trata-se, como diz o art. 446, I, de provar a “divergência entre a vontade real e a vontade declarada”. Por isso mesmo, o art. 446, I, do CPC/2015 afirma que a simulação pode ser provada com testemunhas. Essa norma deseja deixar clara a possibilidade do uso da prova testemunhal em face de qualquer contrato simulado, pouco importando o seu valor.

Contudo, para se provar que alguém desejou algo e declarou coisa diversa, não é possível dispensar a prova de fatos que circulem ao redor da afirmação de simulação. Admitindo-se a prova desses fatos, o juiz fica investido do poder de formar o seu juízo a partir dela, isto é, da prova indiciária.

#### 6.10.2 Sujeito interessado e emprego da prova testemunhal

A leitura do art. 446 do CPC/2015 pode fazer surgir algumas dúvidas. A norma afirma que a “parte” pode provar com testemunhas, dando a primeira impressão de que apenas a *parte no contrato* pode provar com testemunhas. O art. 105 do primitivo Código Civil prescrevia que “poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou representantes do poder público, a bem da lei, ou da Fazenda”. O art. 168 do atual CC admite que qualquer interessado ou o Ministério Público – quando lhe couber intervir – alegue a simulação. Assim, não é apenas a parte do contrato que pode alegar a simulação, mas sim qualquer interessado ou o Ministério Público. Ora, o terceiro e o Ministério Público podem ser vistos somente como partes em sentido processual.

#### 6.10.3 Princípio da contagação e cindibilidade do negócio jurídico

Segundo o art. 184 do CC, “respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

Há quem diga que o negócio jurídico, por ser em princípio uno, leva a presunção de que o vício que atinge um de seus objetos se comunica ao todo. Trata-se da teoria da contaminação, segundo a qual cabe a quem afirma a validade parcial o ônus de provar que o todo não foi contagiado. PONTES DE MIRANDA, com efeito, afirma que “o ônus da prova incumbe a quem afirma não estar prejudicado o resto; mas só após ter alegado e provado o outro interessado que há parte nula. Se esse mesmo circunscreve a alegação à nulidade parcial, o que sustenta a validade do resto está eximido do ônus de alegar e provar”.<sup>13</sup>

Cabe saber, entretanto, se o direito brasileiro não acolhe exatamente o princípio contrário, no sentido de que deve haver a cindibilidade do negócio jurídico que concerne a vários objetos, incumbindo à parte que afirma a contaminação do todo o ônus de assim provar, pois o que se deve presumir – em face dos termos do próprio art. 184, que prevê expressamente a cindibilidade do ato – é a não contaminação do todo.

Ora, o art. 184 do CC afirma a cindibilidade do ato jurídico e a possibilidade, que lhe é consequente, de o vício atingir apenas parte do negócio jurídico. Por isso, a parte que alega que o todo está viciado tem o ônus de prová-lo, faltando razão, nesse ponto, a PONTES DE MIRANDA. Não há dúvida que o ônus da prova recai sobre aquele que afirma a invalidade. Mas, como a invalidade pode ser parcial ou total, tal ônus incide nos limites do alegado. Alegando-se que o vício atinge parte do negócio jurídico, o ônus da prova diz respeito a essa parte. Porém, quando o autor afirma que o todo está viciado, o ônus da prova pesa sobre ele na mesma proporção.

### 6.11 Condição subjetiva da testemunha

O art. 447 do CPC/2015 restringe a possibilidade de depor na qualidade de testemunha. Com efeito, afirma-se que podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

Objetiva-se, com essa norma, que a declaração testemunhal sempre corresponda àquilo que efetivamente ocorreu. Deseja-se evitar que a declaração testemunhal esteja viciada, ou que a declaração não corresponda à realidade.

Além disso, impede-se o depoimento em razão da qualidade pessoal do depoente, que pode não apenas ser tentado a falsear a verdade para auxiliar uma das partes, mas também se sentir constrangido, diante de uma delas, ao revelá-la.

No direito alemão, e, especialmente, no direito anglo-americano, possibilita-se a qualquer pessoa depor na qualidade de testemunha, dando-se

13. PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado* cit., 1970. t. IV, p. 51.

ao juiz o poder de valorar tais depoimentos e deferindo-se à pessoa chamada a depor o poder de se recusar, evidentemente, motivando a sua recusa.

Mas tanto esses sistemas, quanto o brasileiro, objetivam permitir um julgamento que se aproxime ao máximo da “verdade” e, ao mesmo tempo, evitar que a obrigação de depor se torne uma fonte propícia para a discórdia e os conflitos.

Note-se que o art. 247 do CPC italiano, que foi declarado inconstitucional pela Corte Constitucional por meio da sentença n. 248, de 23.07.1974,<sup>14</sup> afirmava que não podem depor o cônjuge, ainda que separado, os parentes, os afins em linha reta, e aqueles que são ligados a uma das partes por vínculos de filiação, salvo se a causa versar sobre questões de estado, de separação ou for relativa a relações de família.<sup>15</sup>

Observou a Corte Constitucional italiana que a vedação contida no art. 247 não tinha relação alguma com o direito controvertido, mas apenas com a qualidade da parte envolvida no litígio. Tratava-se, assim, de um juízo apriorístico que não mostrava uma razão válida de ser diante dos ordenamentos jurídicos modernos, inspirados no princípio do livre convencimento. A Corte Constitucional italiana, por isso, invocando o direito de ação e de defesa, garantidos pelo art. 24 da Constituição da República,<sup>16</sup> declarou inconstitucional o art. 247, argumentando que esse negava ou restringia o direito à prova,

14. De acordo com a sentença n. 278 da Corte Constitucional italiana, “è illegittimo, per violazione dell’art. 24 Cost., l’art. 247 cod. proc. civ., che sancisce il divieto di testimoniare per il coniuge, ancorché separato, i parenti e affini in linea retta e coloro che sono legati ad una delle parti da vincoli di affiliazione. È infondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di costituzionalità dell’art. 246 cod. proc. civ., che prevede l’incapacità a testimoniare delle persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio” (Giurisprudenza selezionata e commentata. *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 99).

15. Art. 247: “Divieto di testimoniare. – [1] Non possono deporre il coniuge ancorché separato, i parenti, o affini in linea retta e coloro che sono legati a una delle parti da vincoli di affiliazione, salvo che la causa verta su questioni di stato, di separazione personale o relative a rapporti di famiglia”.

16. Assim estabelece o art. 24 da Constituição da República Italiana: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, com appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”.

sabidamente um direito constitucional que é corolário dos direitos de ação e de defesa.<sup>17</sup>

O que se pretende demonstrar é que a tendência dos ordenamentos jurídicos modernos é não restringir o depoimento das pessoas que podem declarar como testemunhas, deferindo ao juiz uma maior extensão de poder para a valoração da prova testemunhal. Nessa linha, o CPC 2015 oferece avanço em relação às leis anteriores, pois autoriza a colheita do depoimento de menores, de impedidos e de suspeitos, sempre que o juiz entender necessário (art. 447, § 4º, do CPC/2015).

### 6.11.1 Depoimento de menor

O art. 248 do CPC italiano estabelecia que “os menores de quatorze anos podem ser ouvidos somente quando a sua inquirição é considerada necessária por particulares circunstâncias. Esses não prestam juramento”.<sup>18</sup>

Essa norma também foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional italiana. Como no âmbito do processo penal não há tal restrição, não se exigindo “particulares circunstâncias” para a admissão do testemunho do menor de quatorze anos, entendeu-se faltar racionalidade na distinção formulada pelo legislador entre o processo civil e o processo penal.<sup>19</sup>

17. Cf. BEGHINI, Roberto. *La prova per testimoni nel rito civile*. Padova: Cedam, 1997. p. 149. Como disse ACHILLE SALETTI, comentando o julgado da Corte Constitucional italiana, “un giudizio sulla decisione con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 247 cod. proc. civ., non può che essere positivo. In primo luogo per il contenuto specifico della sentenza: l'art. 247, infatti, era stato ripetutamente criticato in quanto retaggio di un metodo aprioristico di valutazione delle prove, non più adeguato ai tempi. La Corte ha fatto proprie tali critiche caducandolo e rendendo così il sistema più conforme al dettame dell'art. 116 cod. proc. civ., nonché alle tendenze evolutive manifestatesi, in analoga materia, sia nel nostro ordinamento, sia in quelli stranieri. Ma, su un piano più generale, la decisione va soprattutto approvata per aver riaffermato il diritto alla prova, quale essenziale espressione del diritto di azione e difesa garantito dall'art. 24 Cost., diritto negli ultimi tempi oggetto di pronunzie contrastanti” (La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 Cod. Proc. Civ.: prospettive e problemi. *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 101).

18. Art. 248: “I minori degli anni quattordici possono essere sentiti solo quando la loro audizione è resa necessaria da particolari circostanze. Essi non prestano giuramento”.

19. “Del pari, è stato ritenuto costituzionalmente illegittimo (Corte cost., 11 giugno 1975, n.139, in Giust. civ., 1975, III, p. 269) per violazione dell'art. 3 cost., l'art. 248 c.p.c., secondo cui i minori di quattordici anni possono essere sentiti come testi solo quando la loro audizione è resa necessaria da particolari circostanze. L'illegittimità, secondo la motivazione della sentenza, deriva dal fatto che non appare razionale la

Não há dúvida que o depoimento do menor de dezesseis anos pode contribuir para o juiz proferir uma decisão de maior qualidade, ou fundada em declaração que lhe permita uma melhor aferição dos fatos. Se essa declaração pode conter algum vício, encobrendo a “verdade”, isso poderá ser aferido pelo julgador mediante o seu poder de livremente valorar as provas.

Frise-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo, muito antes de o atual Código Civil entrar em vigor, assim decidiu: “Depoimento em ação de indenização – Admissibilidade – Recurso provido. Menor com 12 anos de idade pode prestar depoimento, como informante”.<sup>20</sup> Nessa ocasião advertiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “as testemunhas não são as que se quer, mas as que se possui, o que não aconselha a recusa sistemática do depoimento do menor, conquanto muitas sejam as cautelas no seu acolhimento, pois, pelo menos em tese, uma criança pode perfeitamente prestar depoimento útil”.<sup>21</sup>

Mas o atual Código Civil brasileiro não abriu oportunidade para o juiz valorar livremente o depoimento do menor de dezesseis anos, admitindo esse depoimento apenas em relação aos fatos que sejam de seu exclusivo conhecimento (art. 228, parágrafo único). Ou seja: o avanço, em relação ao depoimento dos menores, foi tímido, uma vez que, conforme demonstrado, seria melhor dar ao juiz a possibilidade de valorar o depoimento do menor sem se importar se os fatos por ele declarados são conhecidos por outras pessoas ou não.

distinzione operata dal legislatore ai fini dell'ammissione della prova testimoniale dei minori di anni quattordici tra processo civile e penale” (MARZOCCHI, Paola. *La prova testimoniale*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 1977, p. 448). “Caberia meditar sobre a razão de ser da subsistência, em nosso ordenamento jurídico, de certas restrições e limitações que, a meu ver, parecem francamente desprovidas de bases sólidas. Eu mencionaria um exemplo relativo à prova testemunhal, que é a vedação de colher-se depoimento de menor de 16 anos; confronte-se esta regra com a vigente no processo penal, em que é possível até ouvir depoimento de um menor de 14 anos, apenas com a peculiaridade de que não se lhe defere o compromisso. Parece-me um contrassenso que o juiz possa eventualmente condenar o réu a uma pena com fundamento na palavra de um menor de 14 anos e não possa decidir um litígio civil à luz do depoimento de um menor de 16 anos. Devo até mencionar entre parênteses que, se não está errada a fonte em que bebi, a ‘Corte Costituzionale’ italiana declarou inconstitucional o art. 248 do ‘Codice di Procedura Civile’, exatamente por não encontrar razão suficiente para esse contraste entre a disciplina da prova testemunhal, com referência o mesmo tópico, no processo civil” (BARBOSA MOREIRA, J. C. *Os poderes do juiz cit.*, p. 93-94).

20. RT 526/93.

21. RT 526/93.

O CPC de 2015 estabelece que os menores de dezesseis anos são incapazes de depor. Porém, o art. 447, §§ 4.º e 5.º, do CPC/2015, afirma que, sendo necessário, o juiz pode admitir o depoimento das testemunhas menores, ainda que ele seja prestado sem compromisso e devendo o juiz oferecer-lhe o valor que merecer.

Há, portanto, significativo avanço na matéria, na medida em que se admite, no Código de 2015, que os menores possam depor sempre que o juiz entender necessária a colheita de suas declarações. Por sua vez, o Código ainda estabelece que o juiz deve dar a esse depoimento o valor que entender adequado, à vista das circunstâncias do caso e da credibilidade do depoente.

### 6.11.2 Interdito por demência e doente mental

Segundo o art. 447, § 1.º, I, do CPC/2015, o interdito por enfermidade ou deficiência mental não pode depor. Além disso, o inc. II desse mesmo § 1.º afirma que o acometido por enfermidade, ou por retardamento mental, só está impossibilitado de depor se, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou se, ao tempo em que é chamado para depor, não está habilitado a transmitir as suas percepções.

O art. 228, II, do CC estabelece que não podem ser admitidos como testemunhas “aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil”, embora possam depor para a prova de fatos que só eles conheçam.

Interpretando o art. 228, II e parágrafo único, do CC em conjunto com o art. 447, § 1.º, I e II, do CPC/2015, e à luz do que prevê o art. 447, § 4.º, deste Código Processual, resta claro que o doente mental pode depor apenas quando, ao tempo da ocorrência dos fatos, podia discerni-los, e, quando do depoimento, pode transmitir as suas percepções. Seria um absurdo pensar que o doente mental pode depor a respeito de fatos que ninguém mais conhece, ainda que não tivesse qualquer capacidade de compreensão no momento em que ocorreram.

Lembre-se que a admissão do depoimento testemunhal deve passar pela aferição da credibilidade da testemunha. Portanto, é evidente que o juiz pode ouvir o doente mental para verificar a sua capacidade de discernimento na época em que os fatos ocorreram. Em caso positivo, decidindo pela credibilidade da testemunha, deve admitir o seu depoimento.

Descobrimos apenas mais tarde que o depoimento não poderia ter sido prestado, seja porque ao tempo em que ocorreram os fatos o depoente não podia discerni-los, seja porque ao tempo em que foi chamado para depor não estava habilitado a transmitir as suas percepções, a prova testemunhal não poderá ser valorada nem pelo juiz de primeiro grau de jurisdição nem pelo tri-

bunal. Isso não quer dizer que o juiz não possa ouvir o depoente para depois decidir sobre a sua capacidade. Nesse caso, contudo, o juiz não estará valorando a prova testemunhal, mas sim a própria capacidade do depoente de prestar o depoimento. Note-se que o juiz, para valorar a prova testemunhal, deve ter passado pelo teste a credibilidade da testemunha. O depoimento daquele que, em razão de uma das condições antes expostas, não poderia prestá-lo não pode ser valorado como prova testemunhal e, assim, ser valorado em conjunto com as demais provas produzidas pelas partes.

### 6.11.3 Cego e surdo

O art. 447, 1.º, IV, do CPC/2015 e o art. 228, III, do CC afirmam que o cego e o surdo não podem prestar depoimento quando a ciência do fato que se quer provar depender dos sentidos que lhes faltam. Ora, se o cego e o surdo não possuem um dos sentidos, e o fato que podem relatar somente pode ser percebido por meio do sentido que lhes falta, é lógico que eles não podem declará-los.

É certo que o cego pode declarar algo que presenciou ouvindo, da mesma forma que o surdo pode declarar (ainda que não oralmente) algo que viu. Se o cego soube do fato ouvindo terceiros, não há testemunho direto do fato, pois apenas poderá ser declarado o que os terceiros lhe narraram. Nessas situações, contudo, o depoimento testemunhal não depende do sentido faltante.

Reafirme-se que o cego e o surdo apenas não podem depor quando o conhecimento do fato a provar depender do sentido que lhes falta. Se é assim, não há como aceitar a ideia do atual Código Civil, no sentido de que o cego e o surdo podem depor sobre fatos que não são conhecidos por outras pessoas. Como é óbvio, se o fato a provar não pôde ser percebido pelo cego ou pelo surdo, não há como admitir o depoimento – ou melhor, o fato que não pôde ser percebido não pode ser dito objeto de conhecimento exclusivo. Por isso, o parágrafo único do art. 228 do CC, além de não ter aplicação em face do doente mental, também não incide em relação ao cego e ao surdo. Contribui para essa conclusão, ademais, a previsão do art. 447, § 4.º, do CPC/2015, que, dentre os impedidos, só autoriza o depoimento dos menores.

### 6.11.4 Impedimento

O impedido está no gozo perfeito da sua capacidade. Porém, presume-se que algumas pessoas têm interesse em mascarar a “verdadeira” versão dos fatos. Por isso, o art. 447, § 2.º, do CPC/2015 afirma que são impedidos: “I – o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relati-

va ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito; II – o que é parte na causa; III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes”.

#### 6.11.5 *Cônjuge, companheiro, ascendente, descendente e colateral*

O art. 228, V, do atual CC reafirma que não podem ser admitidos como testemunhas “os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade”, mas que qualquer um deles pode depor para a prova de fatos que só eles conheçam (art. 228, parágrafo único). A diferença em relação ao art. 447 está em que, segundo o Código de Processo Civil, o depoimento pode ser excepcionalmente prestado se o exigir o *interesse público*, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito no caso, enquanto o art. 228 permite que tais pessoas prestem depoimento para a prova de fatos que *sejam apenas do seu conhecimento*.

Perceba-se que estão impedidos de depor o ascendente e o descendente e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade.<sup>22</sup>

No caso de divórcio, não há proibição de alguém depor no processo em que é parte o antigo cônjuge ou seus parentes. Não só porque o divórcio dissolve o vínculo do casamento, mas também porque, com o divórcio, desaparece o presumível interesse de o depoente beneficiar a parte, interesse esse que seria presumível no caso do cônjuge ou seus parentes, isto é, no caso de casamento ou de qualquer união a ele equiparada. Note-se, aliás, que não teria sentido admitir o depoimento no processo em que é parte o antigo cônjuge divorciado e não admitir o depoimento em processo em que é parte parente do ex-cônjuge divorciado.

Deixe-se claro, ainda, que a norma também atinge a união que esteja equiparada ao casamento, vedando-se o depoimento do homem ou da mulher em processo em que um dos dois ou um dos parentes de seu consorte seja parte.

22. Note-se, porém, que o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul já afirmou que “o requerimento de depoimento pessoal de quem não é parte no processo, caso da esposa do autor, que era condutora do veículo acidentado, deve ser tomado como incluído no rol de testemunhas, se necessário para melhor elucidação da causa” (JTARS 86/276).

Note-se, por outro lado, que não está vedado o depoimento de primo, na qualidade de testemunha. O primo é parente em quarto grau, e, assim, não está incluído na vedação constante da norma, que proíbe apenas o depoimento de colateral até o terceiro grau. Como decidiu o extinto 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, “o primo é parente em quarto grau. O impedimento para servir de testemunha só atinge o 3.º (terceiro) grau”.<sup>23</sup>

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já julgou que pode depor na qualidade de testemunha a irmã de ambas as partes. Afirmou-se, em ementa, que “o que tanto a lei substantiva como a adjetiva falam, no tocante ao impedimento para testemunhar em juízo, é apenas o parentesco com uma das partes litigantes, razão pela qual, se uma testemunha venha a ser irmã de ambas as partes, não há que se falar em impedimento em tal caso, porque interpretação diversa implicaria em distinguir onde a lei não distingue”.<sup>24</sup> Nesse caso, não há como admitir a presunção de a testemunha alterar a verdade dos fatos; a testemunha, contudo, contrariará uma das partes, o que pode lhe trazer transtornos familiares. Considerando-se esse motivo, ou seja, a necessidade de proteger a pessoa do próprio depoente, não haveria como se admitir o depoimento testemunhal.<sup>25</sup> Acontece que tal depoimento pode contribuir para o juiz melhor julgar, ou para um juízo mais perto da realidade. É preciso, assim, balancear a vantagem e a desvantagem do depoimento no caso concreto.

#### 6.11.6 *Admissão do depoimento do cônjuge, do companheiro, do ascendente, do descendente e do colateral*

De acordo com o art. 447, § 2.º, I, do CPC/2015, o cônjuge, o ascendente, o descendente e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, podem prestar depoimento como testemunha se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito. O art. 228, parágrafo único, permite que essas pessoas prestem depoimento como testemunha para a prova de fatos que *só elas conheçam*.

23. RT 494/137.

24. RT 33/256.

25. Como disse CARNELUTTI, “più di una volta, in certi processi, egli deve scegliere tra il rischio della punizione se dice il falso e altri rischi, che possono essere ben gravi, se dice il vero” (mais de uma vez, em certos processos, ele deve escolher entre o risco da punição por dizer a mentira e outros riscos, que podem ser bem mais graves, se diz a verdade) (Il testimonio, questo sconosciuto! *Rivista di Diritto Processuale*, 1957, p. 180).

Especialmente à vista do contido no art. 447, § 4.º, do CPC/2015 parece certo que não há sentido em supor a revogação do art. 228, parágrafo único, do CC, em razão do CPC de 2015. Atualmente, portanto, parece correto admitir a prova testemunhal nas duas hipóteses do art. 447, § 2.º, I, do CPC/2015, tais pessoas podem depor para a prova de fatos que apenas elas conheçam.

Diante disso, importa saber qual é a exigência de interesse público que tornaria lícito o depoimento testemunhal daqueles em princípio proibidos. É claro que tal interesse público nada tem a ver com a participação no processo de pessoa jurídica de direito público, ou mesmo alguma relação com as chamadas questões de estado, pois para essas existe previsão especial no final do próprio inc. I do § 2.º do art. 447 do CPC/2015. O interesse público, dessa forma, é aquele que expressa um interesse da própria sociedade.

Tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, poderão prestar depoimento, na qualidade de testemunha, aqueles em princípio proibidos, se não for possível obter de outro modo a prova que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito. A impossibilidade de se obter de outra forma a prova, portanto, não é necessária quando se evidencia o interesse público. Por outro lado, como já adiantado, o Código Civil autoriza tais pessoas a deporem para a prova de fatos que só elas conheçam *em qualquer causa*, e não apenas *em "causa relativa ao estado da pessoa"*.

#### 6.11.7 Impedimento da parte e de pessoas diretamente ligadas aos sujeitos principais do processo

Também estão impedidos de depor como testemunha a parte (art. 447, § 2.º, II, do CPC/2015), o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes (art. 447, § 2.º, III, do CPC/2015).

Não obstante o entendimento de parcela da doutrina,<sup>26</sup> no sentido de que a parte e outros interessados no resultado do processo devem ser admitidos a

26. "Il soggetto meglio informato della fattispecie dedotta in giudizio è, normalmente, la parte. Di molti fatti, soltanto la parte può avere notizia. La finalità, perseguita in quasi tutti gli ordinamenti civili dal legislatore con norme prescriventi la necessità, ad substantiam o ad probationem tantum, della forma documentale, una finalità di serietà nella negoziazione e di certezza nei rapporti, non può riferirsi né a tutti gli atti giuridici ed alle loro vicende, né soprattutto ai fatti illeciti. Appare evidente l'insufficienza di un ordinamento, nel quale tutti quei fatti, che siano noti soltanto alla parte o che per ragioni a questa non imputabili non si possano provare convenientemente con prove diverse dalla dichiarazione rappresentativa della parte, dovessero ineluttabil-

depor como testemunha, o certo é que o Código de Processo Civil os afirma impedidos.

Por outro lado, não há sentido em presumir que as pessoas que "assistam ou tenham assistido a parte" possam alterar a verdade dos fatos. Só não pode ser testemunha a pessoa que, tendo prestado assistência à parte, deve depor sobre fato que essa praticou em virtude de sua exclusiva orientação, ou sobre fato que se verificou em razão da sua exclusiva participação. Perceba-se, contudo, que a pessoa que assistiu a parte só não pode depor sobre fato que a comprometa, moral ou juridicamente.<sup>27</sup>

#### 6.11.8 Inimigo e amigo íntimo

Após tratar dos casos de impedimento, o Código inicia o rol das pessoas suspeitas para depor. A propósito, o inc. I do § 3.º do art. 447 se refere ao "inimigo da parte" e ao seu "amigo íntimo".

mente esser considerati in giudizio come insussistenti. Di qui la inderogabile necessità, sentita da tutti gli ordinamenti civili, di utilizzare le parti come fonti di prova" (CAPPELLETTI, MAURO. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* cit., v. 1, p. 3). No mesmo sentido o ilustre professor se posicionou em Congresso de Direito Processual Civil que foi realizado em Curitiba: "Também no processo deve ter lugar aquela grande revolução cultural que, desde Galileu, Bacon e Newton, caracteriza a modernidade do saber, com o abandono de esquemas redutivos ou de probabilidades artificialmente transformadas em verdades absolutas, em normas vinculantes. Assim, por exemplo, a probabilidade de que a parte pudesse estar sendo impulsionada a alterar a verdade se transformava em norma de exclusão do seu testemunho. Todavia, partes e outros sujeitos interessados no desfecho do processo, que por muitos séculos foram excluídos do banco das testemunhas no processo civil (salvo casos especiais como o do 'juramento decisório'), vêm sendo agora admitidos em quase todos os ordenamentos modernos, como naqueles da *common law* após as grandes reformas de inspiração benthamiana, do século passado, e, na Europa, mediante a expansão de instrumentos processuais como a *Parteivernehmung*, a *comparation personnelle des parties*, o interrogatório informal (possível também no Brasil!) etc. Sem ter sido jamais carneluttiano, devo reconhecer que CARNELUTTI, na sua esplêndida obra de 1914 sobre as provas, já não hesitava em falar de 'testemunho da parte'. Todavia, nos anos cinquenta, quando CARNELUTTI preparava os dois volumes sobre *Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, foi acusado de heresia e advertido de que, com tal posição, não poderia jamais aspirar à cátedra" (CAPPELLETTI, MAURO. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. p. 13-14).

27. Já decidiu o 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que "não está impedida de servir como testemunha a pessoa que, indicada como assistente técnico da parte, não chegou a prestar compromisso" (RT 631/185).

Não há, em termos de consequência, qualquer diferença entre os impedidos e os suspeitos. Alguns acreditam que as hipóteses de impedimento são mais objetivas e gerariam casos mais evidentes de parcialidade do que as hipóteses de suspeição. Porém, não parece que esse tipo de conclusão tenha qualquer lógica no regime brasileiro. Fato é que o regime atribuído a essas duas figuras é idêntico, de modo que soa inútil qualquer outra cogitação sobre o assunto.

Quanto à inimizade, na vigência do CPC /1973, os tribunais afirmavam que “não basta o rompimento da amizade, nem a simples inimizade, para configurar-se suspeição; é essencial que a testemunha seja inimiga capital da parte”.<sup>28</sup> Embora o Código de 2015 não repita a expressão “capital” como adjetivo à inimizade que impede o depoimento, a inimizade que realmente pode impedir alguém de depor é aquela que pode levar à alteração dos fatos. Aferir a intensidade da inimizade, de modo a se poder concluir pela inadmissibilidade do depoimento, é tarefa que somente pode ser cumprida no caso concreto.

O mesmo se pode dizer quanto à chamada “amizade íntima”. É certo que é necessária uma amizade que possa alterar inconscientemente, ou mesmo conscientemente, a impressão do depoente sobre os fatos, mas não há como estabelecer, em abstrato – isto é, sem a consideração do caso concreto –, quando há amizade íntima.

#### 6.11.9 Interessado no litígio

Complementando os casos de suspeição, fala o art. 447, § 3.º, II, do CPC/2015 daquele que tem interesse no litígio. Esse interesse pode ser jurídico, moral ou mesmo econômico. O interesse no sucesso de uma das partes deve ter como causa algo que traga benefício ao depoente, ou seja, o interesse que aqui importa é o que tem como consequência um benefício ao depoente. Sem a demonstração da relação entre o interesse e o benefício não há como se dar alguém por suspeito.

Já se decidiu que “não é suspeito o empregado, exceção feita a elemento concreto que o faça interessado na solução da lide (art. 405, § 3.º, IV)”.<sup>29</sup> Com

28. RT 523/189. Assim também afirmou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos seguintes termos “o termo inimizade ‘capital’ utilizado pelo legislador não deixa margens a dúvidas sobre o alcance desta hipótese de suspeição: A simples antipatia, aversão da testemunha em relação à parte não é capaz de retirar-lhe a credibilidade; é preciso evidenciar nela um sentimento de ódio suficientemente profundo, de modo a descambar para comprometedor parcialidade” (TJSC, AC 2002.011277-7, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 30.05.2006).

29. JTARS 83/396. Igual posicionamento foi recentemente sustentado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que assim se manifestou: “Não é testemunha legalmente

efeito, o empregado, em princípio, não possui qualquer interesse no litígio. Mas não é raro o empregado ser intimidado pelo patrão para depor em determinado sentido. Portanto, é de estranhar que o Código de Processo Civil não tenha atentado para esse dado. Fê-lo em relação ao juiz, ao menos para certas hipóteses, reconhecendo aí uma hipótese de impedimento (art. 144, V, VI e VII, do CPC/2015), mas não em relação à testemunha. De qualquer forma, o juiz deve valorar se o empregado não está sendo intimidado ao depor em certa direção, ou se não está alterando a “verdade” apenas para agradar ao patrão ou não perder o emprego.

Também já se julgou que “o fato de as testemunhas, arroladas pela ré, também estarem sendo demandadas pelo autor em processo executivo, por si só, não é suficiente para afastar a tomada de seus compromissos, pois tal circunstância não evidencia a parcialidade dos depoentes com relação aos fatos a serem comprovados na presente ação de cobrança”.<sup>30</sup> O fato de a pessoa arrolada como testemunha estar sendo demandada por uma das partes não a torna interessada no litígio, nos termos do § 3.º, II, do art. 447. Na verdade, alguém menos avisado poderia pensar que a testemunha, por estar sendo demandada por uma das partes, seria suspeita por inimizade. Entretanto, conforme já foi esclarecido, o depoente apenas se torna suspeito no caso de inimizade que possa comprometer a isenção de seu depoimento. Ora, não se pode afirmar que a pessoa que litiga com uma das partes, só por essa circunstância, seja sua inimiga nesse sentido. Eventualmente, porém, outras informações podem levar à conclusão da existência da parcialidade da testemunha diante da pendência desse conflito de interesses.

suspeita o empregado da parte se inexistente qualquer elemento concreto que demonstre o seu interesse na solução da controvérsia.” (TJMS, 4. T. Civ., AC-Or 2010.011220-3/0000-00, rel. Des. Dorival Renato Pavan, DJEMS 30.08.2010, p. 42). No mesmo sentido se postou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo afirmado que “não comprovado que a testemunha tenha algum interesse ou tendência na demanda, não deve ela ser considerada suspeita, pelo simples fato de ser empregada de uma das partes, já que tem a seu favor as garantias trabalhistas” (TJMG, ApCiv 1.0024.07.551601-3/0011, 18.ª Câm. Cível, rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, DJEMG 10.03.2009).

30. JTARS 97/351. Destaca-se que no âmbito do processo do trabalho este entendimento foi, inclusive, objeto da Súmula 357 do TST, a qual afirma que “não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador”. Também aqui se manifestou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afirmando que “o só fato da testemunha ter litigado em juízo contra a empresa autora não a impede de depor, haja vista não haver tal previsão pelo código de processo civil” (TJSC, 1.ª Câm. Dir. Civ., AC 2006.012124-7, rel. Des. Edson Ubaldo, j. 19.08.2010, DJSC 27.09.2010, p. 185).



### 6.11.10 Depoimento na qualidade de informante

De acordo com o art. 447, § 4.º, do CPC/2015, “sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas”. E, no parágrafo seguinte, determina que nesses casos, os depoimentos são prestados independentemente de compromisso, cabendo ao juiz valorá-los do modo que merecerem. Por outro lado, como já se disse, o parágrafo único do art. 228 do CC admite que as pessoas descritas nos seus incisos sejam ouvidas “para a prova de fatos que só elas conheçam”.

Note-se que o art. 447 somente admite o depoimento de pessoas menores, impedidas e suspeitas, mas não o das outras pessoas incapazes, ou seja, do interdito por enfermidade ou por deficiência mental, do doente mental que não podia discernir os fatos quando aconteceram ou não pode transmiti-los no momento de depor, do cego e do surdo. Já o art. 228 admite, excepcionalmente, entre outros, o depoimento dos menores de dezesseis anos, do doente mental, do cego e do surdo, para a prova de fatos que só eles conheçam.

Em relação ao menor de dezesseis anos houve um avanço em ambos os diplomas, pois esse, embora considerado incapaz, passou a poder depor para a prova de fatos do seu exclusivo conhecimento ou quando o magistrado entenda que seu depoimento é necessário. Porém, a regra do CC que autoriza o depoimento de qualquer das pessoas incapazes merece ser criticada, em relação aos outros sujeitos ali arrolados. Ora, em relação ao cego e ao surdo, por exemplo, não se pode admitir que o parágrafo único do art. 228 também se aplique a eles, pois quem não tem capacidade para conhecer, evidentemente, não pode ter conhecimento exclusivo. Quanto ao doente mental, esse apenas pode prestar depoimento quando podia discernir os fatos quando aconteceram ou pode transmiti-los na ocasião de depor. Isso quer dizer o parágrafo único do art. 228 do CC, só pode ser aplicado ao menor, e jamais aos outros incapazes. Quanto a estes aplica-se a vedação geral, inserta no art. 447, § 4.º, do CPC/2015, de modo que em nenhuma circunstância seu depoimento pode servir ao processo.

Todas as pessoas referidas no art. 447, § 4.º, do CPC/2015, e 228, parágrafo único, do CC, podem prestar depoimento na qualidade de informantes.<sup>31</sup>

A parte pode invocar a incapacidade, o impedimento ou a suspeição da testemunha desde o momento em que foi arrolada até logo depois da sua qualificação. De acordo com o art. 457 do CPC/2015, “antes de depor, a testemu-

31. Como já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os depoimentos de pessoas impedidas só são admitidos “com a excepcionalidade e as cautelas do art. 405, § 4.º, do CPC[1973], na condição, segundo designação consagrada pela praxe, de ‘informantes’” (RJTJRS 151/635).

nha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo”. Após esse momento, segundo o art. 457, § 1.º, a parte tem o direito de contraditar a testemunha, arguindo a sua incapacidade, impedimento ou suspeição. Assim, a parte não pode invocar a suspeição ou o impedimento se o depoimento testemunhal já se iniciou ou já foi prestado. Com efeito, conforme já decidiu o 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, “a alegação de suspeição de testemunha, posteriormente e fora do termo de seu depoimento, não pode ser acolhida, pois, nos termos do art. 414, § 1.º, do CPC[1973], a contradita deve ser realizada na assentada, logo após a sua qualificação”.<sup>32</sup> Assim, também, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo afirmado que “A ausência de contradita da testemunha no momento oportuno, – após a qualificação e antes do depoimento – gera a preclusão da matéria, o que impede o reexame da questão em sede de apelação”.<sup>33</sup> A incapacidade, porém, pode ser invocada em qualquer momento, pois o incapaz não pode depor nem mesmo como informante. Lembre-se que o impedido e o suspeito podem prestar depoimento na qualidade de “informantes”, ao contrário do incapaz (excetuado o menor), que não pode prestar depoimento algum.

Contudo, o juiz pode, de ofício, entender que alguém que está depondo, ou já prestou o seu depoimento, é impedido, suspeito ou incapaz. Essa possibilidade não viola o princípio do contraditório, bastando permitir às partes a devida participação no processo (arts. 9.º e 10 do CPC/2015).

O § 4.º do art. 447 afirma que, “sendo necessário”, o juiz ouvirá pessoas menores, impedidas ou suspeitas. O juiz possui “necessidade” de ouvir alguém menor, impedido ou suspeito quando depender dessa ouvida para formar o seu convencimento. De fato, conforme já foi decidido, “o juiz ouvirá testemunha impedida ou suspeita quando entender *estritamente necessário à solução do litígio*”.<sup>34</sup> Caso contrário, não haverá “necessidade”, embora esse conceito obviamente dependa do caso concreto.

Note-se que o art. 228, parágrafo único, do CC pode ser visto como mais limitativo do que o art. 447, § 4.º, do CPC/2015, pois enquanto o primeiro

32. RT 756/248.

33. TJMG, 16.ª Câm. Cív., ApCiv 1.0474.06.024934-6/0011, rel. Des. Bitencourt Marcondes, DJEMG 19.06.2009.

34. RT 500/181. Neste sentido, exemplificativamente, TJSP: 17.ª Câmara de Direito Privado, Ap 7.249.430-7, rel. Des. Tércio José Negrato, DJESP 21.08.2008. TJMG: ApCiv 1.0024.07.406567-3/0011, 13.ª Câm. Cív., rel. Des. Nicolau Masselli, DJEMG 30.11.2009. TJCE: 2.ª Câm. Cív., AI 1754-67.2002.8.06.0000-0, rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, DJCE 11.12.2009.

só admite o depoimento para a prova de fato de exclusivo conhecimento do depoente, o segundo permite o depoimento quando “necessário”. Partindo da premissa de que ambos os dispositivos devem ser lidos em conjunto, porém, o que se tem é que haverá dois casos em que o magistrado admitirá o depoimento de informante: quando entender necessário ou em relação a fatos que só ela conheça.

Nos depoimentos de informantes, não haverá compromisso. Isso quer dizer, apenas, que o depoente não presta o compromisso de testemunha, e não, como é óbvio, que esteja autorizado a alterar a “verdade”. Como já se decidiu, “a necessidade do depoimento de pessoas impedidas ou suspeitas não lhes retira a qualidade, daí serem ouvidas sem o compromisso a que alude a lei processual”.<sup>35</sup>

Se o depoente não prestou o compromisso de testemunha, tendo sido ouvido na qualidade de “informante”, o juiz não pode deixar de atentar para essa particularidade na sentença, explicando o valor que atribuiu ao depoimento, conforme a parte final do § 4.º do art. 447.

## 6.12 Regras de exclusão. Cônjuge, companheiro e parentes

O art. 448, I, afirma que a testemunha não é obrigada a depor de fatos que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge, ao seu companheiro ou aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em terceiro grau. No particular, está revogado o preceito contido no art. 229 do CC,<sup>36</sup> que ampliava substancialmente essa hipótese, excluindo o dever de depor sobre fatos: “I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

Com a revogação, o preceito volta a ter dimensão mais adequada à extensão que se espera de uma regra de exclusão. De todo modo, como sempre sustentamos, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, o “grave dano” não deveria ser assimilado apenas à possibilidade de alguém – uma das partes, um terceiro ou o próprio Ministério Público – poder ajuizar uma demanda contra o depoente, seu cônjuge ou seus parentes. Também constitui

35. RT 525/223.

36. A revogação do art. 229 do CC, é expressamente consignada pelo art. 1.072, II, do CPC/2015.

grave dano o que nada tem a ver com o processo, mas pode ser compreendido como dano moral ou perigo de vida ou de dano patrimonial.

No entanto, o excesso cometido pela regra do CC era evidente. Afinal, o perigo de demanda ou de dano patrimonial imediato poderia autorizar qualquer pessoa a se negar a depor a respeito de qualquer fato.

Na situação presente, apenas a situação que possa acarretar “grave dano” ao depoente, ao seu cônjuge ou companheiro ou a seu parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou na colateral, até terceiro grau, é que admitirá a escusa.

### 6.12.1 Sigilo profissional

Afirma-se, ainda, que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (art. 448, II, do CPC/2015). O dever de sigilo decorre da necessidade de se preservarem determinadas profissões e estados, bem como do interesse daquele que confessa.

Com efeito, certas profissões – como a de médico e advogado – e estados – como o de padre – têm o seu sucesso umbilicalmente ligado à confiança. A confiança, por sua vez, repousa na certeza de que os fatos que lhes são revelados estarão guardados em sigilo. Só assim quem procura o profissional ou, por exemplo, o padre terá a tranquilidade necessária para revelar as suas intimidades.

Pode se escusar de depor aquele que, depondo, praticará o crime de violação de sigilo, tal como definido pelo art. 154 do CP, que estabelece que comete o crime aquele que revelar, sem justa causa, “segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

Como é óbvio, aquele que pode praticar o crime deve, e não pode, escusar-se de depor. Mas caso o julgador – que é quem vai definir se a escusa do depoente é válida – entenda que o depoimento deve ser prestado, há evidentemente justa causa, não incidindo o crime. Esse depoimento perderá a sua validade se a decisão do juiz de primeiro grau, que insistiu no depoimento, for reformada pelo tribunal, mas isso, obviamente, jamais implicará em que o depoimento prestado configure crime.

Também há justa causa quando a revelação do segredo tiver amparo no interesse público. O médico, por exemplo, está autorizado a revelar o segredo se o interesse público o exigir. No processo civil, o interesse público se concretizará quando a revelação do segredo for necessária para evitar um dano.

Fala-se muito em sigilo bancário, que se constitui na obrigação, de que são portadores os bancos, de não revelar, salvo, evidentemente, justa causa, as informações que obtenham em razão de sua atividade profissional. Tal sigilo,

como é óbvio, igualmente não é absoluto – cede diante do fisco e das comissões parlamentares de inquérito e sempre que um interesse superior o exigir. Desse modo, o juiz pode exigir o depoimento nesses casos, na medida em que o sigilo bancário não é oponível à determinação judicial de sua quebra (art. 3.º da Lei Complementar 105/2001).

#### 6.12.2 Limitação da exclusão do dever de depor ao fato específico

Como o juiz deve decidir, por ocasião da chamada audiência preliminar, quais são os fatos controvertidos, ninguém pode ser indagado sobre fato não fixado como controvertido.

Por outro lado, como o depoimento pode recair, em tese, sobre vários fatos controvertidos, a testemunha só poderá se escusar de depor a respeito do fato específico que possa lhe acarretar grave dano, ou ao seu cônjuge, parentes sucessíveis e amigos íntimos, ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

#### 6.12.3 Exclusão do dever de depor e informante

Cabe dizer, ainda, que a testemunha pode se recusar a depor, mesmo que como informante, sobre os fatos referidos nos incisos do art. 448 do CPC/2015.

Já se decidiu que o “médico que acompanhou a gestação da parte é testemunha meramente impedida (CPC/1973, art. 405, § 2.º, III), podendo ser ouvida pelo juiz (CPC/1973, art. 405, § 4.º), a ela cabendo escusar-se de responder sobre fatos que por dever profissional entenda que deva guardar sigilo (CPC/1973, art. 406, II)”.<sup>37</sup>

Na verdade, o médico que acompanhou a gestação da parte não é, apenas por isso, impedido. Contudo, é preciso salientar que o médico pode se recusar a depor, como testemunha ou como informante, sobre fato a cujo respeito entenda que deva guardar sigilo. Não teria sentido alguém depor sobre fato sobre que deva guardar sigilo apenas porque está sendo ouvido, no aspecto técnico-jurídico, como “informante”.

Também aqui se enquadra o depoimento de advogado que, em razão do exercício profissional, toma conhecimento de fatos a cujo respeito é posteriormente arrolado para testemunhar. Com efeito, assim já se manifestou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, decidindo que “advogado é premido pela obrigação legal e ética de guardar segredo acerca de fatos que tenha conhecido no exercício da profissão, e, como forma de lhe ser resguardado a preservação

37. RJTJRGs 161/237.

do sigilo profissional, é-lhe assegurada a prerrogativa de se abster de depor como testemunha”.<sup>38</sup>

#### 6.13 Da produção da prova testemunhal

De acordo com o art. 357 do CPC/2015, não tendo chegado as partes à conciliação, deve o juiz sanear o processo, por escrito ou em audiência. Nesse momento, cabe-lhe resolver as questões processuais ainda não decididas, delimitar as questões de fato sobre as quais incidirá a prova, “especificando os meios de prova admitidos” (inc. II), esclarecer sobre a distribuição do ônus da prova, delimitar as questões de direito importantes, designando, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Se é no saneamento que o juiz fixa os pontos (de fato e de direito) controvertidos, esse parece ser o melhor momento para se decidir sobre a incontrovérsia de parte do pedido ou de um dos pedidos cumulados (art. 356 do CPC/2015). Em primeiro lugar porque a possibilidade do julgamento antecipado parcial coloca as partes em posição de igualdade frente ao tempo do processo, desestimulando a resistência meramente dilatatória, ou mesmo a tentativa de conciliação fundada na troca de vantagem econômica pelo tempo do processo. Em segundo lugar porque, em particular na audiência de saneamento (art. 357, § 3º, do CPC/2015), não obtida a conciliação, o juiz deverá passar a fixar, por meio de diálogo com as partes, os pontos controvertidos, o que torna o momento adequado para a definição da não contestação, para o acolhimento do reconhecimento jurídico parcial do pedido ou para a conclusão de que parcela daquilo que é postulado pelo autor não é mais controvertido.

Mas a definição sobre se um fato é incontroverso não só abre oportunidade para o julgamento antecipado parcial, como também impede a produção de prova sobre o fato que foi considerado incontroverso. Embora isso pareça ser mera decorrência lógica, corre-se o risco de que, deferida a prova testemunhal, possa a parte indagar à testemunha sobre o fato controverso e também sobre o fato incontroverso, razão pela qual o juiz deverá fazer o controle sobre as perguntas formuladas. Ou seja: a definição dos pontos controvertidos torna mais objetivo o trabalho do juiz, contribuindo para aprimorar a qualidade da prestação jurisdicional.<sup>39</sup>

38. TJDF, 2.ª Câm. Cív., Rec. 2009.00.2.002530-9, Ac. 381.523; rel. designado Des. Teófilo Caetano, DJDFTE 16.10.2009, p. 52.

39. Como já disse o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, “pelo sistema vigente, cabe à parte requerer as provas e ao juiz exercer o controle, de sorte a indeferir as inúteis e dispendiosas, sem correspondente resultado prático, sem que isso viole o direito de ampla defesa. Cabe à parte, para tal, indicar os fatos que pretende provar, de forma

No procedimento comum, as provas devem ser requeridas na petição inicial e na contestação, embora a prática tenha, no passado, atenuado o rigor das normas processuais que assim determinam.

O problema surge, na verdade, quando o juiz defere a prova requerida e, mais tarde, indefere a sua produção, e quando o juiz não a admite e, posteriormente, utilizando os seus poderes instrutórios, determina a sua realização.

Como o deferimento da prova gera, para a parte que a requereu, um direito a sua produção, o juiz não pode indeferir a sua produção. Como já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo sido a prova deferida, o juiz fica impedido de voltar atrás em “decorrência do princípio da preclusão”.<sup>40</sup>

Contudo, a preclusão não atinge o indeferimento do requerimento da prova. Se o juiz concluiu pela sua necessidade, embora a sua anterior inadmissão, deve determinar a sua produção, pois não há racionalidade em pensar que a parte que pode ser eventualmente prejudicada pela prova, e que nesse sentido foi beneficiada pelo seu não deferimento, pode impedir o juiz de buscar a devida elucidação dos fatos.

#### 6.13.1 Requerimento da prova testemunhal

Segundo prevê o art. 357, § 4.º, do CPC/2015, “caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas”. Por outro lado, nos termos do art. 357, § 5.º, do CPC/2015 quando o saneamento

especificada, inclusive para permitir que o juiz atenda ao disposto no art. 407, parágrafo único, do CPC/[1973]” (JTARS 85/165). A respeito da fixação dos pontos controvertidos a serem provados em juízo, cite-se também posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo o qual “não sendo pontos controvertidos os fatos que pretende o autor provar com prova pericial, uma vez que reconhecidos pelo réu, correta se revela a decisão que julga antecipadamente a lide, não havendo necessidade de instrução do feito, indeferindo diligências inúteis em homenagem ao princípio da celeridade do processo” (TJMG, 16.ª Câm. Cív., AC 1.0145.04.194733-7/001, Juiz de Fora, rel. Des. Sebastião Pereira de Souza; Julg. 28.06.2006; DJMG 11.08.2006).

40. PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência* cit., v. 4, p. 1. Em sentido contrário, afirmou o Tribunal de Justiça de São Paulo que “embora, inicialmente, tenha sido deferida a produção de prova pericial de engenharia, posteriormente, o magistrado revogou tal decisão, dando por encerrada a instrução probatória. Não tendo a ora apelante interposto recurso de agravo de instrumento contra esta última decisão, operou-se a preclusão. Assim, o julgamento da lide sem a produção da aludida prova não implicou cerceamento de defesa” (TJSP, 34.ª Câmara de Direito Privado, Ap 992.07.013225-8, rel. Des. Gomes Varjão, j. 22.11.2010, DJESP 14.12.2010).

ocorrer em audiência, devem as partes levar, para esse ato, o respectivo rol de testemunhas.

O preceito trata apenas das “partes”. Porém, podem requerer a ouvida de testemunhas os litisconsortes, todos aqueles que recebem a designação de parte, o assistente simples, o Ministério Público e o próprio juiz, no uso de seus poderes instrutórios.

Como o autor e o réu podem indicar, cada um, no máximo, dez testemunhas, todos os litisconsortes ativos podem indicar no máximo dez testemunhas, assim como os litisconsortes passivos (art. 357, § 6.º, do CPC/2015).

O assistente simples, diante da sua função de colaborador da parte, apenas pode complementar o rol de testemunhas por ela indicado. Assim, se a parte indica oito testemunhas, ao assistente simples é possível indicar somente mais duas.

Como já dito, o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, bem como o juiz, também podem requerer a ouvida de testemunhas. Conforme já frisou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o juiz pode ouvir testemunhas arroladas fora do prazo “na busca da verdade substancial, desde que a instrução processual não a tenha esclarecido. Esta providência constitui reserva do juiz, posta na criteriosa avaliação de conveniência e oportunidade à obtenção de uma prova suficientemente razoável na construção de seu livre convencimento para decidir”.<sup>41</sup> Assim, também, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, afirmando que “com base no princípio de busca da verdade real e ante a complexidade da matéria, revelam-se válidos os depoimentos de testemunhas arroladas fora do prazo legal, mormente se os mesmos confirmam o depoimento de testemunhas ouvidas anteriormente em audiência de justificação”.<sup>42</sup>

Se o juiz pode determinar a ouvida de testemunha de ofício, não é possível esquecer que a parte, por ter o direito de contraditá-la, deve ter ao seu dispor o prazo adequado. Portanto, embora possa indicar as testemunhas em qualquer momento do processo, o juiz deve arrolá-las em prazo que viabilize a efetivação do contraditório.<sup>43</sup>

41. RJTJRGs 151/347.

42. TJMG, 13.ª Câm. Cív., ApCiv 1.0572.06.007988-4/0011, rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, DJEMG 18.05.2009.

43. Como já disse o Superior Tribunal de Justiça, “o princípio do contraditório, com assento constitucional, vincula-se diretamente ao princípio maior da igualdade substancial, sendo certo que essa igualdade, tão essencial ao processo dialético, não ocorre quando uma das partes se vê cerceada em seu direito de produzir ou *debater a prova que se produziu*” (RT 734/287).

Já se decidiu que o juiz poderá ouvir testemunhas de ofício somente quando o litígio disser respeito a direito indisponível, como acontece, por exemplo, no caso de ação de investigação de paternidade.<sup>44</sup> Com efeito, há quem entenda que, embora o juiz não deva se limitar a assistir inerte à produção de provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas, nos casos de *direitos disponíveis* pode se satisfazer com a “verdade formal”, limitando-se a acolher o que as partes levaram ao processo e eventualmente rejeitar a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. Porém, não há razão para a atuação do juiz na instrução da causa ser associada à natureza do direito material em litígio. A instrução da causa é aspecto inerente ao processo, instrumento por meio do qual é realizado o poder do Estado, e em que os seus interesses predominam independentemente de ser disponível ou não a relação jurídica de direito material. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado.<sup>45</sup>

### 6.13.2 Arbitramento do prazo pelo juiz

O prazo para a apresentação do rol de testemunhas só existe na hipótese em que o saneamento se faça por escrito e deve ser arbitrado pelo juiz segundo o seu prudente arbítrio, tendo como parâmetro máximo o prazo de quinze dias. Embora o Código não o diga, quando esse prazo não for fixado, parece correto aplicar esse prazo máximo, legalmente indicado, de quinze dias. Do mesmo modo, em havendo razão justificada, é possível excepcionalmente que o prazo para a apresentação do rol ultrapasse esse teto legal.

Ou seja: o prazo para a apresentação do rol de testemunhas deve ser criteriosamente fixado pelo juiz no momento em que for designada a data da audiência.

Observe-se que, sempre que o saneamento ocorra em audiência, não há prazo ulterior para a apresentação do rol de testemunhas, devendo os participantes levar, para o ato, o rol de testemunhas que desejem ouvir (art. 357, § 5.º, do CPC/2015).

44. RT 613/162.

45. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil cit.*, 4. ed., p. 123.

### 6.13.3 Critérios para a fixação do prazo

Havendo prazo para a apresentação do rol, o primeiro critério a ser ponderado pelo juiz para a fixação do prazo há de ser a complexidade e o tempo despendido para a intimação das testemunhas. Além disso, o juiz também deve considerar a dificuldade para o oferecimento das contraditas às testemunhas arroladas, diante de eventuais obstáculos na pesquisa de elementos que possam torná-las incapazes, impedidas ou suspeitas.

Analisando esses critérios, o juiz poderá chegar ao prazo adequado ao oferecimento das testemunhas. Claro está que o prazo de antecedência deve guardar relação lógica de razoabilidade, não podendo ser fixado de maneira aleatória.

### 6.13.4 Contagem do prazo para a apresentação do rol de testemunhas

O prazo para o oferecimento das testemunhas é comum e a ele não se aplicam as causas de incremento previstas, por exemplo, nos arts. 183, 186 ou 229 do CPC/2015.

Ademais, é de se observar que o prazo para a apresentação do rol de testemunhas é independente do prazo previsto no art. 357, § 1.º, do CPC/2015, que autoriza as partes a pedir esclarecimentos do saneamento em até cinco dias. Por isso, em regra, a parte (ou o interessado) terá até cinco dias para pedir os esclarecimentos e, concomitantemente, terá o prazo fixado pelo juiz para a apresentação do rol. Porém, caso o pedido de esclarecimento se refira exatamente à produção da prova testemunhal e houver, em razão do esclarecimento, alteração dessa decisão – v.g., o juiz havia indeferido a prova sobre determinada questão e, diante do pedido de esclarecimento, passou a permitir sua produção, ou modificou o prazo para a apresentação do rol – sem dúvida é o caso de fazer com que o prazo para a apresentação da relação das testemunhas passe a ser contado a partir da intimação da decisão de esclarecimento.

### 6.13.5 Qualificação da testemunha

O art. 450 do CPC/2015 afirma que o rol de testemunhas deve indicar, sempre que possível, o seu nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número de inscrição no cadastro de pessoa física, o número de registro de identidade e o seu endereço. É providência salutar, na medida em que facilita a intimação da testemunha e ainda permite melhor determinar a utilidade da colheita dessa prova.

### 6.13.6 Unidade da audiência

Frise-se que a audiência é una, e assim não importa o seu desdobramento, não se abrindo novo prazo para a indicação ou para a livre substituição de testemunhas. Conforme já afirmou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, “em face dos termos do art. 455 do CPC[1973], a audiência é una e contínua, e, havendo interrupção, seu prosseguimento não é nova audiência, sendo impossível a ratificação do rol de testemunhas apresentado a destempo”.<sup>46</sup>

Se o interessado, por exemplo, em vez de arrolar dez, indica cinco testemunhas no prazo adequado, não poderá arrolar posteriormente mais cinco testemunhas apenas porque a audiência foi desdobrada para nova data. Neste sentido, é elucidativa decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo a qual “posto que ‘a audiência é una e contínua’ (art. 455 do CPC[1973]), havendo interrupção, o seu prosseguimento, pouco importando o tempo decorrido, não é uma nova audiência, sendo impossível o aditamento do rol de testemunhas, nem tampouco, registra-se a título de ilustração, a ratificação daquele apresentado a destempo”.<sup>47</sup>

### 6.13.7 Desistência da testemunha arrolada

Deixe-se claro, ainda, que aquele que arrolou uma testemunha somente pode desistir da sua ouvida se todos os demais interessados, inclusive o juiz, estiverem de acordo.<sup>48</sup> Ora, a testemunha importa para o descobrimento da “verdade”, e assim não se constitui em fonte que pode servir apenas a uma das partes.

### 6.13.8 Preclusão da impugnação

Há preclusão se a parte não impugnou a ouvida de testemunha apresentada fora do prazo, não sendo possível impedir a valoração desse depoimento testemunhal pelo juiz.

46. RT 613/213. “A audiência é única, irrelevante o seu desdobramento temporal. Não utilizado o prazo do art. 407 do CPC[1973] para oferta do rol, tanto acarreta a preclusão ao interessado” (RJTJRGs 170/219).

47. TJMG, 2.ª Câm. Civ., Ag 1.0079.05.205228-3/0031, rel. Des. Nilson Reis, DJEMG 03.06.2008.

48. “A desistência de ouvida de testemunha arrolada exige concordância da parte contrária” (TARS, RJTARS 86/276).

### 6.13.9 Embargos à execução

Por outro lado, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Não contém a lei processual dispositivo que cuide especificamente do momento em que deva ser apresentado o rol de testemunhas, cuidando-se de embargos à execução. O art. 740 [do CPC/1973] estabelece apenas que, após a impugnação, o juiz designará, se necessário, audiência de instrução e julgamento. À falta de norma especial, aplicar-se-á a geral, contida no art. 407 [do CPC/1973]. O rol será depositado até cinco dias antes da audiência”.<sup>49</sup>

Diante desse raciocínio, que é correto, o prazo deve ser fixado pelo juiz quando da designação da audiência de instrução. Caso contrário, não tendo o juiz fixado esse prazo, como já advertido, ele será o de quinze dias.

### 6.13.10 Limite do número de testemunhas

Segundo o art. 357, § 6.º, do CPC/2015 “o número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato”. A lei atual não repete a advertência contida na parte final do art. 407, parágrafo único, do CPC/1973, que dizia que o juiz poderia dispensar a oitiva das testemunhas excedentes ao número previsto para a prova de cada fato. Ainda assim, a consequência permanece aplicável, por razão de lógica.

Isso quer dizer que a parte, querendo, pode oferecer no máximo dez testemunhas, mas o juiz pode dispensar, *considerando cada fato*, as testemunhas que excederem a três. Consoante já afirmou o Superior Tribunal de Justiça, “pode o juiz limitar as testemunhas a serem inquiridas ao número de três para cada fato, consoante preceitua o parágrafo único do art. 407 do CPC[1973]. Destarte, não configura cerceamento de defesa a dispensa de testemunhas quando o julgador, sentindo-se convencido com a prova colhida, inclusive testemunhal, entender desnecessária a oitiva das demais testemunhas arroladas face à inexistência de controvérsia acerca do fato probante”.<sup>50</sup>

Deixe-se claro que o juiz somente pode dispensar as testemunhas excedentes *que conhecerem o mesmo fato*. Se a testemunha conhece outro fato, que não o já demonstrado, ou conhece dois fatos, incluindo o já demonstrado, não há razão para a sua dispensa. Porém, a testemunha que conhece dois fatos não precisa ser indagada sobre um fato já reputado demonstrado. Porém, caso entenda necessário, é óbvio que o juiz poderá ouvir mais de três testemunhas em relação a cada fato.

49. RSTJ 60/410.

50. RSTJ 68/292.

Por isso é necessário que o juiz considere o fato sobre o qual a testemunha deve depor. Não tendo tal conhecimento, pode ouvir a testemunha e mais tarde afirmar na sentença que o depoimento serviu apenas para reafirmar o que já havia sido demonstrado. O que não é possível é que, na dúvida, o juiz dispense a testemunha. Como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, “não pode o juiz limitar a três o número de testemunhas para cada litigante *antes de estar convencido do fato jurídico pelos depoimentos dessas três*, havendo, assim, inutilidade em ouvir outras”.<sup>51</sup> Destaca-se, aqui, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, expresso nos seguintes termos: “Segundo o art. 407 do CPC[1973], cada parte pode oferecer até dez testemunhas. Porém ‘quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes’. Diante disso, a jurisprudência se firmou no sentido de que o limite de três testemunhas somente pode ser determinado após a oitiva dessas”.<sup>52</sup>

#### 6.13.11 Substituição de testemunha arrolada

O Código prevê situações em que a testemunha arrolada pode ser substituída. Conforme anuncia o art. 451, “depois de apresentado o rol de que tratam os §§ 4.º e 5.º do art. 357, a parte só pode substituir a testemunha: I – que falecer; II – que, por enfermidade, não estiver em condições de depor; III – que, tendo mudado de residência ou de local de trabalho, não for encontrada”.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “se o autor substitui o rol de testemunhas oferecido com a petição inicial, sem oportuno protesto do réu, e as testemunhas são ouvidas em audiência de instrução e julgamento, ocorre a preclusão, o que impede seja o tema depois suscitado”.<sup>53</sup>

Ademais, quando a pessoa indicada para testemunhar já era há muito falecida no momento da apresentação do rol, a parte não pode pretender substituí-la. A situação é diferente quando a testemunha faleceu após ter sido arrolada. Na primeira hipótese, não houve a diligência necessária sobre a situação da testemunha, ao passo que, na segunda, ocorreu um evento imprevisto. Conforme já declarou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “não se tratando de ‘substituir uma testemunha quando ela faleceu’, mas de reabrir prazo para

51. RT 514/95.

52. TJRS, 20.ª Câm. Cív., AI 70027761857, rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, DOERS 27.01.2009, p. 57.

53. RSTJ 32/305.

apresentação de novo rol por ter sido arrolada testemunha há muito falecida, o pedido de substituição deve ser indeferido”.<sup>54</sup>

Note-se, contudo, que, se for possível ter como razoável a ignorância da parte sobre o falecimento da testemunha, por ela ter falecido pouco tempo antes da apresentação do rol, é racional aceitar a sua substituição.

A testemunha só pode ser substituída quando, em razão de enfermidade, não estiver em condições de depor *na data designada* para a audiência, não bastando estar adoentada ou sem condições de testemunhar em momento que a antecede – tratando-se de enfermidade passageira.

O parágrafo único do art. 449 do CPC/2015 afirma: “Quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de *comparecer, mas não de prestar depoimento*, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la” (g.n.). Isso quer dizer que a substituição depende da impossibilidade de a testemunha *prestar depoimento*, e não de *comparecer à audiência*.

É preciso verificar, ainda, se não é o caso de produção antecipada de prova, ou seja, se não é necessário antecipar o depoimento em razão de que a testemunha, diante da sua doença, provavelmente estará impossibilitada de depor na data designada para a audiência, embora possa prestar depoimento imediatamente.

No caso de testemunha que mudou de endereço, é preciso que seja impossível a sua intimação, e isso deve ser demonstrado pelo interessado. Portanto, não é suficiente a simples mudança de endereço, sendo necessário que o oficial de justiça justifique a impossibilidade de encontrá-la, logicamente após ter empregado todos os meios que estão a sua disposição.

Se a parte indicou as testemunhas antes do término do prazo para a apresentação do rol, nada impede a sua substituição. Ora, a razão desse prazo deriva da necessidade de se dar tempo à administração da justiça para intimar as testemunhas e à parte adversa para providenciar eventuais contraditas.<sup>55</sup>

54. RJTJRS 186/399.

55. “Se a substituição se formula com antecedência, isto é, antes dos cinco dias anteriores à audiência, não existe razão para que seja indeferida, pois não prejudicará a parte contrária nem afetará o princípio do contraditório, mesmo fora dos casos mencionados no art. 408 do CPC[1973]” (RT 579/123). Neste sentido, e ressalvada a alteração de prazo decorrente da Lei 10.358/2001, cita-se posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o qual “admite-se a livre substituição da testemunha, mesmo que fora das hipóteses mencionadas no art. 408 do CPC[1973], mas desde que observado o prazo previsto no art. 407 do CPC[1973]” (TJSP, 27.ª Câmara

Aquele que arrolou uma testemunha somente pode desistir da sua ouvida se todos os demais interessados estiverem de acordo, inclusive o juiz. Para que a parte não desista livremente da ouvida da testemunha, mediante a simples indicação de outra em seu lugar, a substituição só pode ocorrer nas hipóteses do art. 451 do CPC/2015.

Não basta a simples alegação de falecimento, enfermidade ou mudança de endereço, não só porque a parte que arrolou a testemunha deve caracterizar uma dessas situações para poder substituí-la, mas também porque o juiz e os demais interessados podem ter eventual interesse na sua ouvida.

#### 6.13.12 Juiz da causa como testemunha

A questão da oitiva, como testemunha, do juiz da causa é regulada pelo art. 452 do CPC/2015. Como é óbvio, o juiz que conhece os fatos da causa não deve julgá-la, pois a função de julgador não pode ser exercida por quem tem conhecimento privado do conflito.

O juiz, uma vez arrolado como testemunha, deve analisar se conhece fatos que podem influir no julgamento da causa. Em caso positivo, deverá se afastar do processo, declarando-se impedido.

Na hipótese, a parte que incluiu o juiz no rol não poderá desistir do seu depoimento. O objetivo dessa regra é evitar que alguém tente afastar o juiz do processo e, ao mesmo tempo, eliminar a possibilidade de que os fatos sejam esclarecidos. Ora, se a parte tem o direito de impedir que a sua demanda seja julgada por um juiz que conhece os fatos, evidentemente não tem o direito de impedir que o juiz que se declarou impedido os esclareça.

Caso o juiz conclua que não conhece os fatos, deverá mandar excluir seu nome do rol de testemunhas. É preciso advertir que uma parte, destituída de ética, pode alegar que o juiz conhece os fatos apenas para tentar afastá-lo do processo.

#### 6.13.13 Princípios da oralidade e da imediatidade e local da colheita do depoimento das testemunhas

Como é sabido, o princípio da oralidade, que permite o contato direto do juiz com as partes, as testemunhas, o perito e os assistentes técnicos, e, enfim, com a prova, contribui muito para uma melhor decisão.

de Direito Privado, AI 990.10.058233-0, rel. Des. Berenice Marcondes César, DJESP 27.08.2010).

Portanto, o ideal é que o juiz tenha contato direto com a testemunha, sentindo-a por assim dizer, e não que seja obrigado a formar o seu juízo a partir de termos processuais ou de declarações documentadas prestadas pelas testemunhas.

As testemunhas mencionadas nos arts. 453, I, 449, parágrafo único, e 454 do CPC/2015 (respectivamente, as que prestam depoimento antecipadamente; as que, por doença, ou outro motivo relevante, estão impossibilitadas de comparecer em juízo; e as autoridades que elegem o local onde prestarão depoimento) devem ser ouvidas pelo próprio juiz que vai proferir a sentença – obviamente que na medida do possível –, ao passo que as testemunhas referidas no inc. II do art. 453 do CPC/2015 têm de ser ouvidas por outro juiz, expedindo-se a competente carta.

Se a testemunha deve ser ouvida antecipadamente, mediante produção antecipada de prova, ela certamente não pode ser ouvida na audiência de instrução e julgamento, mas deve ser ouvida pelo juiz que proferirá a sentença.

O parágrafo único do art. 449 afirma que “quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer [à audiência], mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la”.

Como está claro, é necessário que a testemunha possa depor, mas que, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, não possa comparecer à audiência.

#### 6.13.14 Oitiva de autoridades

As autoridades mencionadas nos incisos do art. 454 do CPC/2015<sup>56</sup> podem depor em suas residências ou nos locais em que exercem as suas funções. Isso enquanto estão ocupando os seus cargos ou seus mandatos pendem. Fora

56. “Art. 454. I – o presidente e o vice-presidente da República; II – os ministros de Estado; III – os ministros do Supremo Tribunal Federal, os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e os ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; IV – o procurador-geral da República e os conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público; V – o advogado-geral da União, o procurador-geral do Estado, o procurador-geral do Município, o defensor público-geral federal e o defensor público-geral do Estado; VI – os senadores e os deputados federais; VII – os governadores dos Estados e do Distrito Federal; VIII – o prefeito; IX – os deputados estaduais e distritais; X – os desembargadores dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados



daí não é possível qualquer interpretação que estenda tal benefício, inclusive a terceiros não contemplados pela lei.

Ao lado dessas autoridades, há outras que têm direito às mesmas prerrogativas – de indicar dia e hora para a colheita de seu depoimento como testemunha. É o que ocorre, por exemplo, com os magistrados em geral (art. 33, I, da Lei Complementar 35/1979) e com os membros do Ministério Público (art. 40, I, da Lei 8.625/1993 e art. 18, II, g, da Lei Complementar 75/1993).

#### 6.13.15 Procedimento para a colheita do depoimento de autoridade

O § 1.º do art. 454 afirma que deve o juiz solicitar à autoridade que indique dia, hora e local para a colheita de seu depoimento, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte que a arrolou como testemunha.

Como se vê, é a autoridade que designa dia, hora e local, cabendo ao juiz apenas solicitar tal indicação, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte que a arrolou como testemunha.

A autoridade não pode se recusar a depor, pois também tem o dever legal de colaborar com o Poder Judiciário. Pode afirmar que não conhece os fatos que envolvem o mérito, mas sempre prestando depoimento.

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, apreciando recurso em mandado de segurança, “constitui ofensa a direito líquido e certo de Deputado Federal a declaração de insubsistência da prerrogativa referida no art. 32, § 7.º; da Carta anterior, de ser o parlamentar convidado para, em dia, hora e local previamente ajustados com o juiz, prestar depoimento como testemunha, se não há prova de que o convite foi, efetivamente, recebido pelo destinatário”.<sup>57</sup>

Porém, o envio do ofício para a autoridade indicar dia, hora e local para depor deve estar expressamente demonstrado nos autos, mediante o denominado “AR” (aviso de recebimento), que é a prova de que a carta foi recebida.

Todavia, passado mais de um mês sem manifestação da autoridade – ou faltando a autoridade, sem justificativa, à sessão por ela agendada – deve o juiz designar dia, hora e local para a colheita da prova, preferencialmente na sede do juízo. Neste último caso, o comparecimento da autoridade é compulsório e pode o magistrado valer-se, em último caso, das prerrogativas de condução coercitiva a que alude o art. 455, § 5.º, do CPC/2015.

e do Distrito Federal; XI – o procurador-geral de justiça; XII – o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa a agente diplomático do Brasil.”

57. RSTJ 10/210.

#### 6.13.16 O comparecimento da testemunha

Como regra geral, cabe ao advogado da parte responsabilizar-se por informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local designados para a colheita da prova (art. 455 do CPC/2015). Não realizada essa intimação, presume-se a desistência da colheita da prova, nos termos do que prevê o art. 455, § 3.º, do CPC/2015.

Essa comunicação deve fazer-se por carta, com aviso de recebimento, cujo comprovante de entrega deve ser juntado aos autos com antecedência mínima de três dias da data da audiência. A ausência da juntada desse documento, em princípio, não causa nenhum vício ao ato, especialmente se a testemunha comparecer à audiência. Porém, caso ela não compareça, é a juntada daquele documento que permitirá ao advogado demonstrar que cumpriu com seu ônus, podendo então solicitar a atuação judicial (com a devida intimação por ato público), para a comunicação e a condução da testemunha à audiência, nos termos do que prevê o art. 455, § 4.º, I, do CPC. Em outros termos, não juntado o comprovante de comunicação à testemunha, perde o advogado o direito de solicitar a intimação judicial, no caso de não comparecimento da testemunha ao ato designado para a colheita da prova, aplicando-se por analogia o que prevê o art. 455, § 3.º, do CPC/2015.

Ao invés de providenciar a comunicação formal da testemunha, o advogado também pode comprometer-se, em juízo, a levá-la à audiência independentemente de qualquer intimação. Nesse caso, a ausência da testemunha ao ato, sem justificativa, faz presumir que a parte desistiu de sua oitiva (art. 455, § 2.º, CPC/2015).

A presunção de desistência, de todo modo, não implica ipso facto, a impossibilidade da sua oitiva. É que, em razão do princípio da comunhão da prova, pode a parte contrária, terceiros interessados, o Ministério Público ou mesmo o juiz, de ofício, insistir em sua oitiva, se necessário, com a designação de nova data para a colheita da prova.

#### 6.13.17 A intimação da testemunha para o depoimento

No modelo do CPC de 2015, a intimação judicial da testemunha passou a ser excepcional. Ela é admitida apenas quando: a) frustradas as formas extrajudiciais de cientificação da testemunha para o comparecimento à audiência; b) sua necessidade for devidamente justificada pela parte ao magistrado; c) for arrolado servidor público civil ou militar; d) a testemunha tiver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública; a testemunha for uma das autoridades indicadas no art. 454, ou em outra lei especial (art. 455, § 4.º, do CPC/2015). Recorde-se que, embora o texto legal se limite a aludir às autoridades indicadas no art. 454, do Código, é evidente que a mesma regra deve ser

aplicada às outras autoridades, que gozem do privilégio de indicar dia, hora e local para sua oitiva, sob pena de se inviabilizar a obtenção da prova.

Em tais casos, deve o juiz enviar ofício, mandado de intimação ou requisição, conforme o caso, a tal pessoa, indicando-lhe dia, hora e local da audiência, bem como os nomes das partes e a natureza da causa.

Se a testemunha não comparecer sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento. Ou seja: a testemunha apenas será conduzida e arcará com as despesas do adiamento quando não apresentar motivo justificado.

Quando não houver motivo justificado, a testemunha responde não só pelas despesas da audiência não realizada e daquelas necessárias para a sua condução, mas também pelas despesas acarretadas às testemunhas que tiveram os seus depoimentos adiados em virtude do não comparecimento da testemunha faltosa.

Lembre-se que, segundo o art. 462, *caput*, do CPC/2015 “a testemunha pode requerer ao juiz o pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência, devendo a parte pagá-la logo que arbitrada ou depositá-la em cartório dentro de 3 (três) dias”.

Como visto, é facultado à parte levar a testemunha à audiência independentemente de intimação. Porém, em caso de não comparecimento, presume-se que desistiu de ouvi-la. A presunção que dispensa o depoimento da testemunha que não compareceu é *iuris tantum*, podendo o interessado provar que houve justo motivo para a testemunha não comparecer.

Como essa presunção recai sobre a parte que afirma que levará a testemunha à audiência independentemente de intimação, a intimação (judicial ou extrajudicial) não pode ser dispensada quando a parte que não arrolou a testemunha se compromete a levá-la à audiência. Na verdade, quando a parte não arrolou a testemunha, e ainda assim se compromete a levá-la à audiência, não há presunção de que ela será beneficiada pelo depoimento.

Ademais, como a testemunha, depois de arrolada, é do juízo, podem o juiz, o Ministério Público e inclusive a parte que não arrolou a testemunha insistir no seu depoimento. Note-se que, como a parte que arrolou a testemunha não pode desistir do seu depoimento sem o consentimento do juiz e dos demais interessados, ela poderia, para fugir dessa regra, simplesmente deixar de levar a testemunha à audiência.

Contudo, se a testemunha não compareceu apesar do compromisso da parte, mas a audiência é desdobrada, devendo reiniciar em nova data – evidentemente que por outro motivo que não o simples não comparecimento das testemunhas –, a parte anteriormente comprometida pode realizar a intimação extrajudicial (art. 455, *caput* e § 1.º, do CPC/2015) ou, excepcionalmente, re-

querer a intimação judicial das testemunhas (nos casos do art. 455, § 4.º, do CPC/2015) para o prosseguimento da audiência. A pena que se impõe pelo não comparecimento das testemunhas tem o objetivo de evitar a procrastinação do processo, de modo que não tem sentido penalizar a parte que não levou as testemunhas à audiência quando essas, ainda que presentes, não poderiam ter prestado os seus depoimentos. Como corretamente decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, “não há disposição legal que impeça a parte que se comprometeu a trazer testemunhas a uma audiência de reclamar a intimação delas para outra que venha a se realizar em continuação”.<sup>58</sup>

Afirma o art. 455, § 4.º, III, do CPC/2015 que é cabível a intimação judicial da testemunha quando “figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir”.

O juiz requisitará o servidor público ou o militar ao chefe da repartição ou ao comandante do corpo em que servir para dar a esses a devida oportunidade para a indicação de outra pessoa para ocupar o lugar da requisitada. Evidentemente que a requisição não será necessária, sendo suficiente a intimação, quando a testemunha estiver em disponibilidade, aposentada ou reformada, de férias ou licenciada.

Em caso de não comparecimento da testemunha requisitada sem motivo justificado, aplicam-se as mesmas sanções que podem ser impostas à testemunha que foi intimada.

#### 6.13.18 Oitiva das testemunhas

O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, diz o art. 456 do CPC/2015. Isso quer significar que as testemunhas não podem ser ouvidas coletivamente, ou melhor, uma na presença da outra.

Objetiva-se, com isso, evitar que as testemunhas sejam influenciadas ou que possam desvirtuar os seus depoimentos. O que se deseja é um depoimento isento e espontâneo.

É por essa razão que o juiz deve “providenciar” para que uma testemunha não ouça o depoimento da outra. No local ou no recinto em que está sendo realizada a audiência, só deve entrar, para prestar o seu depoimento, uma testemunha por vez, zelando-se para que a testemunha que ficou do lado de fora, geralmente em um corredor ou em um pátio, não ouça o depoimento que está sendo prestado.

58. RT 515/88.

Afirma-se que o juiz inquirirá primeiro as testemunhas do autor e depois as do réu. Se, de acordo com o art. 373 do CPC/2015, incumbe ao autor provar o que alega, isto é, o fato constitutivo do seu direito, e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, cabe ao autor provar antes o fato constitutivo para que só depois o réu deva provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

No caso em que o réu não articula fato impeditivo, modificativo ou extintivo, limitando-se a negar o próprio fato constitutivo, é racional que as testemunhas do réu, que objetivam apenas demonstrar em contrário o fato afirmado, sejam ouvidas por último.

A ordem de colheita da prova, porém, pode ser eventualmente alterada, se houver a concordância das partes (art. 456, parágrafo único, do CPC/2015). Como já decidiu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, “não é viável inverter a ordem de inquirição das testemunhas sem concordância do réu, em relação ao art. 413 do CPC/[1973], pena de nulidade”.<sup>59</sup> Nesse sentido, cita-se recente posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo o qual “há presumível prejuízo, acarretando cerceamento de defesa, na inversão da ordem de oitiva de testemunhas no processo administrativo e em qualquer processo, se as da defesa ou réu são ouvidas antes das da acusação ou do autor, visto que a defesa se concretiza perante o que lhe é imputado”.<sup>60</sup> Mas se os interessados – inclusive o juiz – estão de acordo com a inversão da ordem de ouvida das testemunhas, não há pensar em nulidade. Aliás, se o interessado não impugna, na primeira oportunidade ao seu alcance, a inversão da ordem de ouvida das testemunhas, isso não poderá mais ser feito.<sup>61</sup>

Antes de prestar o seu depoimento, a testemunha será qualificada, declarando ou confirmando os seus dados, bem como informando se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo (art. 457 do CPC/2015).

Como está claro, antes de depor a testemunha deve ser “qualificada”, nome jurídico que se dá à declaração que faz de seu nome por inteiro, de sua profissão, de sua residência, de seu estado civil, e de seus outros dados cadastrais, bem como se possui relações com as partes ou interesse no processo.

A qualificação se presta à verificação da capacidade, do impedimento ou da suspeição da pessoa chamada a depor. Nesse momento o juiz analisará se

59. JTARS 97/191.

60. TJMG, 1.ª Câm. Cív., AI 0145288-93.2010.8.13.0000, rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, DJEMG 04.02.2011.

61. V. JTARS 81/168.

o depoimento pode ser produzido e, em caso positivo, se o depoente pode prestá-lo na qualidade de testemunha ou de informante.<sup>62</sup>

Feita a qualificação, iniciam-se as perguntas feitas à testemunha. No regime do CPC de 2015, as perguntas podem ser feitas diretamente pelos advogados presentes à audiência à testemunha, sem a intermediação do juiz (art. 459 do CPC/2015). Com essa prática, evita-se o risco de o juiz formular outra pergunta, *no sentido de pergunta diversa*, à testemunha. Ainda assim, é lógico que o juiz tem o poder de indeferir a pergunta inadequadamente formulada ou o eventual excesso do advogado ou do representante do Ministério Público.

Em primeiro lugar, o interrogatório da testemunha cabe ao sujeito que a arrolou. Embora o art. 459 aluda à “parte” que a arrolou, é certo que, diante da possibilidade de a testemunha ser arrolada pela parte, por terceiro interveniente, pelo Ministério Público ou mesmo pelo juiz, a precedência no interrogatório deve-se dar a partir daquele sujeito que indicou a oitiva da testemunha. Tratando-se de parte, se ambas tiverem arrolado a testemunha, tem precedência o autor.

Terminadas as perguntas do sujeito que arrolou a testemunha, passa-se a autorizar as perguntas dos outros sujeitos presentes à audiência. Na ordem, seguir-se-á os outros sujeitos do polo a que pertence aquele que arrolou a testemunha, depois os sujeitos do polo contrário, depois o Ministério Público.

Como o objetivo da colheita da prova é o de formar seu juízo sobre o fato controvertido, cabe ao juiz interrogar a testemunha em qualquer momento da colheita do depoimento (art. 459, § 1.º, do CPC/2015). O juiz, porém, não pode perguntar sobre fato que, na audiência preliminar, não foi fixado como controvertido. Se o juiz pudesse indagar sobre fato que não foi definido como controvertido apenas porque tem o poder de determinar prova de ofício, estaria novamente plantando a controvérsia em torno de fato que o próprio processo sepultou para dar mais objetividade à atividade das partes e ao seu próprio trabalho.

Cabe ao juiz indeferir as perguntas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação com as questões controvertidas de fato ou que importem repetição de outras já formuladas (art. 459, parte final). As perguntas que o juiz indeferir, se a parte o requerer, serão obrigatoriamente transcritas no termo.

62. Como advertiu CARNELUTTI, “l'obbligo del testimonio, come ognuno sa, non è soltanto di rispondere alle interrogazioni del giudice, ma di rispondere secondo verità” (a obrigação do testemunho, como sabe qualquer um, não é somente a de responder às indagações do juiz, mas a de responder segundo a verdade) (Il testimonio, questo sconosciuto! cit., p. 179).

Como o juiz tem o poder de indeferir as perguntas formuladas pelos advogados e pelo membro do Ministério Público, o interessado, reputando-se prejudicado, pode requerer a sua transcrição no termo. Com isso resta possível demonstrar eventual ilegalidade no indeferimento de pergunta e, assim, violação do contraditório.

Não é preciso dizer que o juiz não pode se negar a atender ao requerimento da parte para a pergunta indeferida constar no termo.

#### 6.13.19 *Contradita da testemunha*

É facultado ao interessado – e não apenas à parte, como equivocadamente afirma o § 1.º do art. 457 do CPC/2015 – contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição.

Contradita é o nome dado à impugnação que o interessado pode oferecer à testemunha, seja no sentido de arguir a sua incapacidade, o seu impedimento ou a sua suspeição. A contradita deve ser feita oralmente, logo a seguir da “qualificação”. Como já disse o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, “a contradita há de ser feita logo em seguida à qualificação das testemunhas, arguindo-se a sua incapacidade ou impedimento. Depois de tomados os depoimentos a contradita oposta vem a destempo”.<sup>63</sup> Frise-se que neste compasso também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, afirmando que “o momento oportuno da contradita da testemunha arrolada pela parte contrária é aquele entre a qualificação desta e o início de seu depoimento.”<sup>64</sup>

Deixe-se claro, porém, que, se no depoimento surgirem novos fatos indicadores de impedimento ou de suspeição, o interessado pode arguir um ou outro após o início do depoimento. Contudo, a incapacidade pode ser invocada em qualquer momento, ainda que na ausência de novos fatos, pois essa elimina a própria possibilidade de “depoimento”.

De qualquer forma, o juiz sempre pode atuar de ofício, mesmo após o início do depoimento, não estando submetido ao prazo para a contradita e a fatos novos. Na verdade, se o juiz verificar, no momento da qualificação ou no do depoimento testemunhal, causa de incapacidade, impedimento ou suspeição, a pessoa convocada a depor deve assim ser declarada – ouvidos os interessados e respeitado o contraditório. Em outras palavras, não é preciso que o juiz aguarde a contradita ou a iniciativa do interessado.

63. RT 637/162.

64. STJ, 4.ª T., REsp 735.756, Proc. 2005/0039417-1/BA, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 18.02.2010.

Apresentada a contradita, o juiz ouvirá a testemunha e os interessados. Concluindo, de plano, que a arguição tem ou não procedência, o julgamento será imediato, afastando-se ou não o depoimento testemunhal.

Caso a contradita não possa ser solucionada de plano, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas – até três – apresentadas no ato e inquiridas em separado.

Provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 447, § 4.º, do CPC/2015.<sup>65</sup>

Como já dito, não há como ouvir pessoa incapaz. Porém, na hipótese de impedimento ou suspeição e sendo o depoimento “estritamente necessário”, o juiz ouvirá a pessoa impedida ou suspeita na qualidade de “informante”. Essa não tem de prestar compromisso, mas evidentemente não se livra do dever de dizer a verdade.

A possibilidade de contraditar a testemunha ou de verificar a sua capacidade e credibilidade não quer dizer que a testemunha possa ser tratada com desrespeito e falta de educação. Ou seja: ao lado da necessidade de aferição da credibilidade da testemunha está o seu direito de ser tratada com urbanidade.

Vedam-se, nessa linha, perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

#### 6.13.20 *Exclusão do dever de depor*

O § 3.º do art. 457 do CPC/2015 afirma que a testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos presentes no art. 448 do CPC/2015, já analisados anteriormente.

#### 6.13.21 *Advertência à testemunha de dizer a verdade*

65. Como escreveu CARNELUTTI, “ma il vero è che come il delitto è un uomo, che lo commette, così la testimonianza è un uomo che la presta. Perciò essa tanto vale quanto vale l'uomo, che fa da testimone. E come per giudicare l'imputato il giudice ha bisogno di conoscere non solo il fatto ma l'uomo, così dovrebbe essere per il testimone, il quale non è meno soggetto dell'imputato al giudizio del giudice” (mas a verdade é que, como o criminoso é um homem, que o comete, a testemunha também é um homem, que presta o testemunho. Portanto, este vale tanto quanto vale o homem que presta o testemunho. E como, para julgar o criminoso, o juiz tem a necessidade de conhecer não apenas o fato, mas o homem, assim deveria ser para a testemunha, que não é menos sujeita do que criminoso ao juízo do juiz) (Il testimone, questo sconosciuto! cit., p. 179).

A verdade, como se viu na introdução a esta obra, é algo inatingível, porém o juiz deve procurar se convencer da verdade para proferir a sentença. Aliás, mesmo quando o juiz pode proferir a sentença mediante a redução do módulo da prova (por exemplo, relação de consumo) ou está autorizado pela própria lei processual a decidir com base em convicção de verossimilhança (art. 300 do CPC/2015), isso não quer dizer que, na medida do possível, não deva tentar se convencer da verdade.

Por isso, é importante a idoneidade da prova com base na qual o juiz forma o seu convencimento. Recorde-se que, como disse CARNELUTTI, a testemunha também deve ser julgada,<sup>66</sup> sendo fundamental, por isso, analisar a sua credibilidade. É por essa razão que o art. 458 do CPC/2015 impõe a necessidade de a testemunha prestar o compromisso de dizer a verdade.

De acordo com o parágrafo único do art. 458, “o juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade”.

Fazer afirmação falsa, nessa perspectiva, é o mesmo que calar ou ocultar a verdade. Diante da alusão da lei às proibições de calar e de ocultar a verdade, a distinção que pode ser feita entre uma e outra é a de que a testemunha que cala é a que nada fala, enquanto a testemunha que oculta verdade é a que fala tangenciando o fato que deve ser esclarecido e é de seu conhecimento.

#### 6.13.22 Registro do depoimento

O registro do depoimento das testemunhas se dá por qualquer forma de registro, preferencialmente por meio de gravação (art. 460 do CPC/2015).

Afirma o § 2.º do art. 460 do CPC/2015 que “se houver recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica”. Supõe-se, portanto, que o depoimento não precisa ser datilografado e, ainda, que o tribunal não é obrigado a ler a partir de registro taquigráfico ou de outro que não seja o datilográfico. A finalidade da versão datilográfica, diante do recurso, é a de não dificultar o acesso do tribunal aos depoimentos.

O depoimento poderá ser digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia<sup>67</sup> ou – segundo a dicção do art. 460, § 1.º, do CPC/2015 – outro meio idôneo de documentação.

66. CARNELUTTI, Francesco. Il testimonio, questo sconosciuto! cit., p. 185.

67. Sobre a estenotipia, v. BENETI, Sidnei Agostinho. A estenotipia no Judiciário. *RJTJSP* 76/29 e ss.

Como se vê, a referência que o artigo faz aos meios de documentação é exemplificativa, bastando que seja “meio idôneo”.

O depoimento sempre será autenticado pelo juiz, pelo depoente, pelos procuradores e, se for o caso, pelo representante do Ministério Público.

Faculta-se aos interessados (partes e terceiros) a gravação de qualquer ato da audiência e, portanto, não apenas do depoimento.

#### 6.13.23 Poderes instrutórios do juiz e prova testemunhal

Como já demonstrado, o juiz tem o poder de determinar prova de ofício para melhor formar sua convicção sobre o litígio. O grande problema que repousa sobre essa questão diz respeito à possibilidade de o juiz “supor” que uma das partes tem razão (para não falar no juiz arbitrário) e procurar elucidar os fatos apenas na perspectiva do que ela afirma, ainda que imaginando que está buscando somente o aprofundamento do seu conhecimento.

De qualquer forma, essa é uma das questões que dependem da conclusão a respeito da oportunidade de se dar maior poder ao juiz. É certo que o juiz pode abusar ou usar mal do seu poder. No presente caso, de nada adianta dizer que o juiz não sabe o resultado da produção da prova e, por isso, quando a determina de ofício, não pode estar vinculado a qualquer das partes. Isso é falso, pois o juiz sabe que o resultado da produção de uma prova, em alguns casos, apenas poderá beneficiar uma das partes.

Porém, também é inegável que uma grande variedade de situações não terá solução adequada, caso o juiz não possa determinar prova de ofício. Nessa linha, em um processo em que não há razão para presumir que o poder do juiz pode ser utilizado contra as partes, é melhor acreditar em um juiz que não se deixará iludir de plano pela melhor argumentação de uma das partes.

Portanto, a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a ouvida de testemunha *referida* nos depoimentos das partes ou das testemunhas e a *acareação* de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte se insere na dimensão de poder necessária para o juiz poder se convencer adequadamente sobre os fatos (art. 461 do CPC/2015).

#### 6.13.24 Testemunha referida

A testemunha ou a parte podem fazer referência, em seu depoimento, a outra pessoa, também conhecedora dos fatos que estão sendo narrados no depoimento.<sup>68</sup> A testemunha referida não é apenas a que contou ao depoente

68. Assim, por exemplo, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “É amplo o poder do juiz no sentido de completar as provas, em busca da verdade real. CPC, arts.

como os fatos se passaram, mas também a que pode ter tido com eles contato direto.

Se o fato for pertinente, e importar para a formação do juízo, o depoimento da testemunha referida deve (e não pode) ser determinado de ofício pelo juiz. Com efeito, o juiz deve determinar, presentes as condições para tanto, o depoimento da testemunha referida, sem que para isso seja necessário requerimento do interessado (parte, terceiro ou Ministério Público).<sup>69</sup>

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul decidiu que “a lei faculta – não obriga – ao juiz a inquirição de testemunha referida, devendo-se entender essa regra em consonância com aquela que dá ao juiz o poder de deferir prova necessária ou indeferir as inúteis”.<sup>70</sup> Assim, igualmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, concluiu que “segundo o art. 418, inc. I, do CPC/[1973], é facultada ao juiz a inquirição de testemunha referida em audiência, não caracterizando cerceamento de defesa o indeferimento da prova”.<sup>71</sup> Como também já afirmou o 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, não há falar em cerceamento de defesa “se o juiz, já convencido pelo conjunto probatório acerca dos fatos relevantes para a decisão da causa, indefere pedido de oitiva de testemunhas referidas”.<sup>72</sup> Porém, *o juiz não tem alternativa quando a ouvida da testemunha referida é essencial para esclarecer fato pertinente.*

130 e 418, I. É considerada testemunha referida aquela que houver sido mencionada no depoimento da representante legal da menor impúbere autora da ação de investigação de paternidade” (TJRS, 1.ª CC, AI 586060683, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 05.05.1987, RJTJRS 124/231). Sobre o tema, manifestou-se em similar sentido o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, afirmando que: “STJ, REsp 735.756/BA, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 18.02.2010. Sendo o juiz o destinatário da prova, a ele incumbe a formação de seu convencimento, cabendo-lhe a condução do feito nos termos dos arts. 130 e 131, do CPC/[1973]. Ademais, a leitura do art. 418 do CPC/[1973], não deixa dúvida que a inquirição de testemunha referida é faculdade do juiz” (TRF-4.ª Reg., 2.ª T., AI 0032176-34.2010.404.0000/RS, rel. Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, DEJF 16.12.2010, p. 157).

69. Segundo ROBERTO BEGHINI, “o art. 257 do Código de Processo Civil italiano prevê que se qualquer testemunha refere-se a outras pessoas, como conhecedoras dos fatos, o juiz pode determinar de ofício que elas sejam convocadas a depor” (*La prova per testimoni nel rito civile cit.*, p. 296).

70. JTARS 65/181.

71. TJRS, 10.ª Câm. Civ., AC 70036552537, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, DJERS 16.12.2010.

72. RT 752/247.

A parte, ao requerer a ouvida de testemunha referida, deve demonstrar o trecho em que o depoimento prestado alude à testemunha referida, e que o fato em questão é pertinente e ainda não foi devidamente esclarecido.

O depoimento da testemunha referida será prestado em nova audiência, para tanto designada, sujeitando-se às formalidades que acompanham o depoimento de qualquer testemunha, inclusive a arguição de incapacidade, impedimento e suspeição.

Caso a testemunha faça referência a outra em depoimento que esteja sendo tomado por juiz deprecado, e a testemunha referida resida na comarca em que o juiz deprecado exerce competência, esse deverá, de ofício, ou atendendo ao requerimento formulado pelo interessado, determinar a ouvida da testemunha referida, evitando, assim, a expedição de nova carta precatória.

Diante do depoimento da testemunha referida, o juiz não pode admitir indagação a respeito de fato que não seja aquele que, segundo o depoimento prestado anteriormente, é conhecido pela testemunha referida. Se a testemunha referida conhece outro fato que também é importante, o juiz *deve indagá-la de ofício a respeito.*

Sublinhe-se, ainda, que o juiz pode determinar, de ofício, a renovação de depoimento já prestado, seja porque há nulidade em virtude de não ter sido observada determinada regra, seja porque há a necessidade de melhor esclarecimento dos fatos.

#### 6.13.25 Acareação

O juiz também pode determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.<sup>73</sup>

Tal acareação nada mais é do que um confronto entre testemunhas ou entre uma delas e a parte. Muito embora o art. 461, II, do CPC/2015 admita expressamente o confronto entre a declaração prestada pela testemunha e a prestada pela parte, o Código só deveria admitir tal procedimento, se conferisse valor testemunhal ao depoimento da parte. Registre-se que, segundo relato

73. Como afirma ROBERTO BEGHINI, de acordo com o art. 254 do CPC italiano, “quando há divergências entre os depoimentos de duas ou mais testemunhas, o juiz, a requerimento da parte ou de ofício, pode determinar que estes sejam colocados em confronto” (*La prova per testimoni nel rito civile cit.*, p. 295).

de ROBERTO BEGHINI, a Corte de Cassação italiana já decidiu que a acareação não é admissível entre *uma testemunha e uma parte*.<sup>74</sup>

Por outro lado, cabe frisar que a divergência deve recair sobre fato que “possa influir na decisão da causa”. Assim, está correto o Tribunal de Justiça de São Paulo ao decidir que, “se o fato é inócuo ou insuscetível de influir no julgamento da causa, pela própria maneira vaga como foi relatado, pode o juiz, como condutor da prova, indeferir legitimamente o pedido de acareação, inútil e igualmente protelatório”.<sup>75</sup> Da mesma forma o Tribunal de Justiça de Goiás, afirmou que “não obstante a previsão da acareação no ordenamento processual, ela somente deve ser admitida quando útil ao feito caso o juiz, destinatário da prova, entende pela desnecessidade da medida, não há motivos para a sua realização”.<sup>76</sup>

Contudo, quando houver divergência sobre fato que possa influir no julgamento, o juiz não pode indeferir requerimento de acareação sob pena de violação do contraditório. Aliás, quando tal divergência existir, e nada for requerido, o juiz deve – e não pode – determinar a acareação de ofício.

A acareação pode ser requerida oralmente na própria audiência de instrução. Deve incidir sobre o fato sobre o qual os depoimentos divergiram, embora o juiz, de ofício, possa indagar sobre outro fato pertinente e relevante.

Se um dos depoimentos divergentes foi prestado perante outro juiz mediante carta precatória, cabe ao juiz da causa realizar a acareação, confrontando os depoimentos divergentes.

#### 6.13.26 Depoimento como munus público

O depoimento testemunhal, diante da sua relevância para o julgamento e por ser de interesse da coletividade e do Estado, é considerado um serviço público (art. 463 do CPC/2015). Assim, não teria cabimento que aquele que se ausenta do seu trabalho pudesse sofrer perda de salário, determinada pelo empregador, ou desconto no tempo de serviço.

Ademais, a testemunha tem o direito de ser reembolsada pela despesa que efetuou para comparecer à audiência, devendo a parte pagá-la logo que arbitrada, ou depositá-la em cartório dentro de três dias.

As despesas da testemunha, qualquer que seja o fato a ser provado em juízo, devem ser pagas pela parte que a arrolou. O valor que deve ser pago à

74. Idem.

75. RT 676/93.

76. TJGO, AC 200904284942, rel. Des. Floriano Gomes, DJGO 12.04.2010, p. 163.

testemunha não inclui o que deixou de ganhar, mas apenas o que efetivamente gastou para comparecer à audiência.

Contudo, como a testemunha em regra desconhece esse direito, é conveniente que o juiz, por ocasião do depoimento, faça a comunicação a respeito do benefício constante dos arts. 462 e 463, parágrafo único, do CPC/2015.

#### 6.14 Impossibilidade de produzir prova em audiência

##### 6.14.1 Provas que devem ser feitas em audiência e provas que podem ser complementadas em audiência

O depoimento pessoal e a prova testemunhal, em regra, devem ser realizados em audiência. Por sua vez, a prova pericial pode ser *eventualmente complementada* na audiência, quando o perito e os assistentes técnicos forem intimados a nela prestar esclarecimentos, conforme o art. 477, § 3.º, do CPC/2015.

Com efeito, o art. 361 do CPC/2015 é bastante claro a respeito da ordem das provas na audiência: i) respostas do perito e assistentes técnicos aos quesitos de esclarecimentos; ii) depoimentos das partes; e iii) inquirição de testemunhas.

##### 6.14.2 O princípio da oralidade

É correto dizer que da regra geral do art. 449 do CPC/2015 defluiu a ideia de oralidade, ou melhor, decorre a intenção de que o processo seja marcado pelos benefícios da imediatidade do contato do juiz com as provas e da concentração dos atos processuais.

Lembre-se que a oralidade é ligada à imediatidade, pois pressupõe o *contato direto* do juiz com as provas. Esse contato, como é evidente, permite uma melhor apreensão dos fatos.

Porém, a importância da imediatidade está relacionada com a *proximidade* entre tal contato e o momento do julgamento, pois o tempo entre o conhecimento dos fatos e a sentença pode trair a memória do juiz, ou, ainda, permitir que um outro juiz, e não aquele que presidiu a produção da prova, julgue o mérito.

A imediatidade e a concentração têm a nítida finalidade de facilitar a livre valoração das provas e, assim, permitir o adequado convencimento do juiz, o que obviamente é fundamental para a qualidade da prestação jurisdicional.

##### 6.14.3 Exceções ao dever de prestar depoimento pessoal em audiência

O art. 449, *caput*, do CPC/2015 é expresso no sentido de que existem exceções à regra de que a prova deve ser prestada em audiência. Basta lembrar,

por exemplo, as disposições dos arts. 453 e 454 do CPC/2015, que excepcionam a ideia de que a testemunha deve depor na audiência.

Contudo, o parágrafo único do art. 449 do CPC/2015 vai além, dispondo que, “quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer [à audiência], mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la”.

Trata-se de hipótese em que a parte ou a testemunha não pode comparecer na audiência, mas está apta a depor. Isso significa que o dispositivo não se aplica quando há impossibilidade de prestar depoimento, porém quando, sendo esse possível, não há como comparecer à audiência. Em suma, a impossibilidade é de comparecer, e não de depor.

A impossibilidade de comparecimento na audiência se justifica, segundo a regra, quando houver “enfermidade” ou “outro motivo relevante”. Como a lei não pode prever as várias situações que podem justificar o não comparecimento, confere-se ao juiz a possibilidade de analisar, diante das circunstâncias de cada caso concreto, a existência de “motivo relevante” capaz de justificá-lo. A interpretação de “motivo relevante” deve ser orientada pela ideia de que a participação das partes e a produção das provas são fundamentais para a qualidade da prestação jurisdicional. Assim, na dúvida quanto à possibilidade de comparecimento, o juiz deve admitir a justificativa, designando dia, hora e lugar para a inquirição.

#### 6.14.4 Não comparecimento à audiência sem justificativa prévia

Entretanto, não se pode excluir a possibilidade de que algum motivo *imprevisível*, ocorrido momentos antes da audiência, impeça o comparecimento da parte ou da testemunha. Assim, se houve qualquer sintoma súbito de doença grave ou mesmo um acidente, há motivo capaz de justificar o não comparecimento.

A diferença, nesse caso, dirá respeito à prova do não comparecimento, que deverá se preocupar em evitar a possibilidade de o depoente forjar a situação indicada como “justo motivo”. Por isso, é preciso maior cuidado na valoração dos documentos utilizados para tentar demonstrá-lo, assim como maior rigor na punição da sua eventual falsidade, uma vez que se percebe, na prática, que os atestados médicos vêm sendo analisados como se dotados de validade absoluta, e não apenas como algo de que pode constar a simples opinião de um profissional – a qual, inclusive, pode ser falsa.

#### 6.14.5 A questão do depoimento antecipado

Não é possível confundir o motivo para não comparecer na audiência com a razão justificativa do depoimento antecipado.

No caso do art. 449 do CPC/2015, é possível prestar o depoimento, embora não seja viável comparecer. Enquanto isso, inserido na seção que trata da produção antecipada de provas, diz o art. 381, I, do CPC/2015 que a medida é possível sempre que “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.

Como é pouco mais do que evidente, tal caso tem a ver com a impossibilidade, ou com o justo receio da impossibilidade, *de prestar depoimento*, e não com a inviabilidade de *comparecer à audiência*. Tanto é verdade que o requerente desse procedimento deve demonstrar as razões que justificam a *antecipação do depoimento*.

Aliás, no caso de antecipação do depoimento, é ele formado antecipadamente, *o que não significa que a prova foi produzida*. Frise-se que, em tese, não há garantia de que um depoimento formado antecipadamente vá ser aceito, e assim produzido, em processo posterior. Lembre-se a hipótese em que o depoimento é prestado perante juiz absolutamente incompetente para conhecer da causa a que o depoimento deveria servir.

Ou seja: o deferimento da *produção da prova formada antecipadamente* é circunscrito ao processo em que a prova deve ser utilizada.

#### 6.15 Produção de provas mediante cartas precatória e rogatória

##### 6.15.1 Produção de prova através de carta precatória ou carta rogatória e suspensão do processo

O art. 313, V, *b*, do CPC/2015 afirma que o processo deve ser suspenso quando a sentença de mérito “tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo”. Dispõe o mesmo art. 313, em seu § 4.º, que, “o prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inc. V (...)”, findo o qual o juiz deve determinar o prosseguimento do processo.

O art. 377 do CPC/2015 estabelece que a carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto somente suspendem o processo, no caso do art. 313, V, *b*, quando requeridas antes da decisão de saneamento do processo, e só se a prova for imprescindível. Ou melhor: o auxílio direto, a carta precatória e a carta rogatória, quando imprescindíveis para a verificação de um fato ou para a produção de uma prova, apenas suspendem o processo quando requeridas antes da decisão de saneamento. Embora o art. 313, V, *b*, incida quando for necessário produzir prova em outro juízo, o art. 377 deixa claro que a suspensão



do processo somente pode ocorrer quando a carta houver sido requerida antes do saneamento do processo.

É preciso deixar claro que tal suspensão é relacionada à necessidade da prova para a compreensão dos fatos, embora essa necessidade possa não ser suficiente para se aguardar o retorno da carta. Como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, “carta precatória não cumprida só suspende o processo quando requerida antes do saneador. Não basta a indispensabilidade da prova, mas é preciso, também, que a precatória tenha sido requerida antes do saneador para suspender o processo”.<sup>77</sup> Do mesmo modo o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, assentou que “a Carta Precatória somente deve suspender o processo quando requerida antes do saneamento e se imprescindível a prova nela solicitada, nos termos do art. 338 do CPC/[1973]”.<sup>78</sup>

Porém, é preciso distinguir a situação em que a prova foi requerida no momento adequado, mas o pressuposto para a expedição da carta surgiu apenas após a decisão que saneou o processo. É o caso, por exemplo, de ter sido requerida prova testemunhal no prazo devido e, posteriormente, descobrir-se que uma das testemunhas deve ser ouvida mediante carta precatória. Nessa hipótese, a carta deve ser recebida no efeito suspensivo, ainda que requerida após o saneamento.

De qualquer forma, as circunstâncias de a carta não ter efeito suspensivo quando requerida após o saneamento e de o prazo de suspensão não poder superar um ano não são absolutas, e assim podem ser amenizadas diante de especiais circunstâncias do caso concreto – quando o juiz entender que a prova é fundamental para a solução do litígio –, desde que obviamente fundamentadas.

#### 6.15.2 Carta devolvida até o “julgamento final” (quando já interposto recurso de apelação)

Quando a carta ou o auxílio direto for requerida após o saneador, e a prova que através dela se pretender produzir não foi devidamente requerida, a sua expedição – em princípio – não deve ser deferida. Quando a prova for adequadamente requerida, e o pressuposto para a expedição da carta surgir após o saneamento, a sua expedição – como já dito acima – deve ser acompanhada da suspensão do processo.

Porém, no caso em que a necessidade da expedição da carta for percebida quando do requerimento da prova, e a carta for requerida somente após o saneamento, o processo, em princípio (fora dos casos concretos marcados por

77. RT 534/232.

78. TJMT, RAI 92386/2006, rel. Des. Maria Aparecida Ribeiro, DJMT 18.10.2007, p. 27.

especiais circunstâncias), não deve ser suspenso. Além disso, como reza o art. 313, § 4.º, do CPC/2015 essa suspensão não pode exceder a um ano.

Quando a carta for deferida sem efeito suspensivo ou devolvida depois de expirado o prazo para seu cumprimento, poderá ser juntada aos autos “a qualquer momento” – diz o parágrafo único do art. 377 do CPC/2015. Por “qualquer momento” é possível entender que essa juntada pode ocorrer até o trânsito em julgado do processo. Todavia, considerando que a função desse documento é servir de prova no processo, e que a análise de prova só se faz até o segundo grau de jurisdição, sendo certo que o tribunal pode determinar a produção de prova de ofício, por lógica é necessário concluir que a expressão “qualquer momento” indicada no texto legal se refere ao julgamento do segundo grau de jurisdição.

Note-se, aliás, que não há racionalidade em aceitar, com base no art. 966, VII, do CPC/2015, que a parte possa propor ação rescisória quando, depois da sentença, obtiver prova nova, de que não pôde fazer uso, e não admitir que ela possa utilizar a prova realizada através da carta ou de auxílio direto que retornou apenas depois da interposição do recurso de apelação.